Der Besitzdiener und seine Rechtsstellung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Werner Jacobs
Referendar aus Freyenstein (Prign.)

Tag der mündlichen Prüfung: 28. April 1931.

Erlangen
Buchdruckerei von Karl Döres, Jägerstraße 3
1931

31:203

Referent: Geh. Just. Rat Univ.-Prof. Dr. Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Literatur-Verzeichnis.

A. Bücher.

Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 13. Aufl., Berlin und Leipzig 1930.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerb, in Archiv Bürg. R., Bd. 17, S. 1 ff.

Allfeld, Lehrb. d. Deutschen Strafrechts, 8. Aufl., Leipzig und Erlangen 1922.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, in Jher. Jahrb. Bd. 48, S. 101 ff.

Bähr, Zur Besitzlehre, in Jher. Jahrb., Bd. 26, S. 224 ff.

Barfurth, Der Begriff des Besitzdieners (§ 855 BGB.). Rostocker Dissertation 1905.

Baron, Noch einmal der Besitzwille, in Jher. Jahrb., Bd. 30, S. 197 ff.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., in Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 645 ff.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jher. Jahrb. Bd. 34, S. 1 ff.

Biermann, Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil, Leipzig 1901.

Bruck, Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, besonders für Familienangehörige und Dienstboten, in Arch. Bürg. R., Bd. 27, S. 110 ff.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1901.

Bunsen, Besitzschutz im Bürgerlichen Gesetzbuche, in Arch. Bürg. R., Bd. 23, S. 69 ff.

Cosack, Lehrb. d. deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, II. Bd., 4. Aufl., Jena 1904.

Cosmann, Das Wesen des Besitzdieners (§ 855 BGB.) mit Berücksichtigung seiner Rechtsstellung, Leipziger Diss. 1908.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902.

— System des deutschen Bürgerlichen Rechts, III. Bd., Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, III. Bd., 4. Aufl., Halle 1908.

Ebbecke, Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung, Besitzstand, in Das Recht 1913, S. 261 ff.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, I. Bd., 1. u. 2. Aufl., Berlin 1903.

— Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, II. Bd., 1. u. 2. Aufl., Berlin 1904.

Endemann, Lehrb. des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Abtlg., Sachenrecht, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung von H. Lehmann, Marburg 1930.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Bd., Das Sachenrecht von M. Wolff, 8. Bearbeitung, Marburg 1929.

Finger, In Krit. V. J. Schr., Bd. 44, S. 568 ff.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 nebst dem Einführungsgesetz, 13. Aufl., München 1927.

Fleck, Der Bote, in Arch. Bürg. R., Bd. 15, S. 337 ff.

Förtsch, Besitz durch gesetzliche Vertreter, in Gruch. Beitr., Bd. 43, S. 545 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, Tübingen 1926.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht, in Leonhards Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Heft 4, Breslau 1901.

Gierke, J., Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 1928.

Gierke, O., Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897.

Gierke, O., Deutsches Privatrecht, II. Bd., Sachenrecht, Leipzig 1905

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903.

— Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Bd., Sachenrecht, Berlin 1912.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht, in Festgabe für Rudolf von Gneist zum Doktorjubiläum, S. 63 ff., Berlin 1888.

Hellmann, In Krit. V. J. Schr., Bd. 50, S. 104 ff.

Jsay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, I. Bd., 5. Aufl., Berlin 1916.

— Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, II. Bd., 5. Aufl., Berlin 1914.

Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889.

Josef, Erläuterungen zu den Besitzklagen des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem preußischen Recht und der preußischen Rechtsprechung, in Arch. Bürg. R. Bd. 15, S. 265 ff.

Josef, Die freie Wohnung des Bediensteten, in Seuff. Bl. 1909, S. 717ff.

— In das Recht 1904, S. 498ff.

Kaemmerer, Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Kleine Schriften zum Bürgerlichen Recht, Bd. XLVII, 2, Halle 1908.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, Jena 1900.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, Vertrag und Uebergabe, in Arch. f. Bürg. R., Bd. 18, S. 1ff.

Kress, Besitz und Recht, Nürnberg und Leipzig 1909.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1906.

Kübler, Geschichte des römischen Rechts, Leipzig und Erlangen 1925.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, f. d. Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, I. Bd., 2. Aufl., Berlin 1903.

Last, Fragen der Besitzlehre, in Jher. Jahrb., Bd. 63, S. 71ff.

Leonhard, F., Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.

Leonhard, R, Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, Breslau.

— In Krit. V. J. Schr., Bd. 23, S. 311ff.

Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, II. Bd., Berlin-Stuttgart-Leipzig 1921.

Loewenwarter, Lehrkommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Bd., Sachenrecht, Berlin 1925.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 2. Aufl., München 1906.

— Das Recht der Grundstücke nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Grundbuchordnung f. d. Deutsche Reich, München 1899.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. und 7. Aufl, Berlin 1914.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des Deuschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch f. d. Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 3. Buch, Sachenrecht, Breslau 1901.

Mot. II, III., Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich, II. Bd., Recht d. Schuldverhältnisse, III. Bd., Sachenrecht, Amtl. Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, I. Bd., 2. Auflage, München 1904.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Bd., 5. Aufl. Berlin 1909.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, II. Buch, 2. Abteilg., Recht d. Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1929.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, II. Bd., 10. Aufl., Berlin 1916.

Planck, Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuche und Einführungsgesetz, II. Bd., 2. Hälfte, Recht d. Schuldverhältnisse (besonderer Teil) 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.

— Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuche und Einführungsgesetz, III. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1920.

Prot. III., Protokolle der Kommission f. d. zweite Lesung des Entwurfs d. Bürgerlichen Gesetzbuches. III. Bd., Sachenrecht, Berlin 1899.

Przibilla, Erwerb des unmittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Jher. Jahrb., Bd. 50, S. 323 ff.

Regelsberger, Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Jherings Jahrb., Bd. 44, S. 393 ff.

RGRK., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, II. Bd., Recht d. Schuldverhältnisse, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

— Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, III. Bd., Sachenrecht, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928.

Rohde, Studien im Besitzrecht, I. und II. Bd., Marburg 1913.

Rosenberg, L., Lehrb. d. Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Berlin 1929.

Rosenberg, Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Bd., Sachenrecht, 1. Halbband, München 1919.

Rotering, Aus der Lehre vom Besitze, in Arch. Bürg. R., Bd. 27, S. 55 ff.

Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., von Fr. Rudorff, Wien 1865.

Schmidt, Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht, in D J.Z. 1900, S. 146 ff.

Schroeder, Ueber Wechselwirkungen des Bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 97, S. 361 ff.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche, I. Bd., 2. Hälfte, 6. Aufl., Berlin 1913.

Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, II. Bd., Der Besitz im klassischen Recht und im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Halle 1907.

Sprenger, Der Besitzdiener, Rostocker Diss. 1902.

Staudinger, Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. I. Bd., Allgemeiner Teil, erläutert von T. Loewenfeld und E. Riezler 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1925.

— Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, erläutert von K. Kober, 9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1929.

— Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, III. Bd., 1. u. 2. Teil, erläutert von K. Kober, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1926.

Stolz, Der Besitzdiener und die Stellvertretung beim Besitzerwerb, Marburger Diss. 1913.

Strohal, Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich, in Jher. Jahrb., Bd. 29, S. 336ff.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB., in Jher. Jahrb. Bd. 38, S. 1ff.
Sturm, Die Form des Rechts, Hannover 1911.
Thiesing, Mittelbarer Besitzer in Arch. Bürg. R. Bd. 27, S. 240ff.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Bd., 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und preußischen Ausführungsbestimmungen, I. Bd, Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, Paderborn 1900.
Ullmann, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 92, S. 288ff.
Warneyer, Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. u. II. Bd., Tübingen 1930.
Wendt, Besitz und Besitzwille in Festschrift f. d. Juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, Gießen 1907.
— Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 40ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd., 9. Aufl., bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt a. M. 1906.

B. Zeitschriften.

Arch. Bürg. R., Archiv für Bürgerliches Recht. Hrsg. von Kohler, Ring, Oertmann, Berlin.
Arch. Ziv. Prax., Archiv für die Zivilistische Praxis, hrsg. von Franklin, Eck, Rümelin, Tübingen.
Das Recht, Rundschau f. d. deutschen Juristenstand, hrsg. von Lindemann und Soergel, Hannover.
DJZ., Deutsche Juristen Zeitung, hrsg. von O. Liebmann.
Gruch. Beitr., Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot, Berlin.
Jher. Jahrb., Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Jena.
JW., Juristische Wochenschrift, hrsg. vom deutschen Anwaltverein, Leipzig.
Kl. Schr., Kleine Schriften zum Bürgerlichen Recht.
Krit. V. J. Schr., Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, hrsg. von Birkmeyer, Hellmann, Maurer, Ullmann, Tübingen und Leipzig.
LZ., Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, München, Berlin und Leipzig
Seuff. Arch., Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuff. Bl., Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

C. Gerichtsentscheidungen.

I. Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. in Zivilsachen.

1. Zivilsenat Urt. vom 27. IX. 1899 in RGZ., Bd. 44, S. 303, Nr. 73.
3. Zivilsenat Urt. vom 18. XI. 1919 in RGZ., Bd. 97, S. 166, Nr. 46.
3. Zivilsenat Urt. vom 21. XII. 1926 in Seuff. Arch., Bd. 81, S. 114, Nr. 73.
4. Zivilsenat Urt. vom 15. II. 1923 in RGZ., Bd. 106, S. 4, Nr. 2.
5. Zivilsenat Urt. vom 7. III. 1906 in Gruch. Beitr., Bd. 50, S. 968, Nr. 86.
5. Zivilsenat Urt. vom 3. V. 1920 in LZ. 1920, S. 695, Nr. 1.
6. Zivilsenat Urt. vom 3. VI. 1902 in RGZ., Bd. 52, S. 117, Nr. 31.
6. Zivilsenat Urt. vom 27. XI. 1902 in Gruch. Beitr., Bd. 47, S. 404, Nr. 16.
6. Zivilsenat Urt. vom 25. X. 1917 in RGZ., Bd. 91, S. 66, Nr. 19.
7. Zivilsenat Urt. vom 18. X. 1901 in RGZ., Bd. 51, S. 20, Nr. 5.
7. Zivilsenat Urt. vom 2. I. 1907 in RGZ., Bd. 66, S. 259, Nr. 61.
7. Zivilsenat Urt. vom 16. VI. 1908 in JW. 1908, S. 527, Nr. 12.
7. Zivilsenat Urt. vom 18. V. 1909 in RGZ., Bd. 71, S. 248, Nr. 64.
7. Zivilsenat Urt. vom 18. V. 1909 in JW. 1909, S. 416, Nr. 14.
7. Zivilsenat Urt. vom 11. VI. 1920 in RGZ., Bd. 99, S. 210, Nr. 59.

2. in Strafsachen.

1. Strafsenat Urt. vom 6. VI. 1904 in RGSt., Bd. 37, S. 198, Nr. 61.
3. Strafsenat Urt. vom 3. V. 1897 in RGSt., Bd. 30, S. 88, Nr. 26.
4. Strafsenat Urt. vom 12. XII. 1916 in RGSt., Bd. 50, S. 183, Nr. 52.
5. Strafsenat Urt. vom 15. II. 1918 in RGSt., Bd. 52, S. 143, Nr. 69.

II. Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Kammergericht	2. Zivilsenat Urt. vom 13. VI. 1902, in OLG., Bd. 5, S. 148, Nr. 31.
Kammergericht	3. Zivilsenat Urt. vom 8. I. 1901, in OLG., Bd. 2, S. 149, Nr. 86.
Kammergericht	7. Zivilsenat Urt. vom 7. X. 1921, in OLG., Bd. 42, S. 272, Nr. 15.
Kiel	Ferienzivilsenat Beschl. vom 12. VIII. 1903, in OLG. Bd. 8, S. 99, Nr. 10.
Posen	Urt. v. 4. IX. 1901, in Seuff. Arch., Bd. 57, S. 60, Nr. 35.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Einleitung:
Terminologie des Wortes „Besitzdiener“ . . . 11

B. Hauptteil:
Der Besitzdiener und seine Rechtsstellung . . . 13

I. Abschnitt. Voraussetzungen der Besitzdienerschaft 13

§ 1. Ausübung tatsächlicher Gewalt für einen anderen . . . 13

§ 2. Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener 19

II. Abschnitt. Rechtsstellung des Besitzdieners 40

§ 3. Stellung des Besitzdieners zu seinem Herrn 40

§ 4. Stellung des Besitzdieners zu dritten Personen 47

C. Schluß:
Besitzdiener und Gewahrsamhaber 51

A. Einleitung.

Terminologie des Wortes „Besitzdiener".

Auf Grund der scharfen Kritik, die an dem § 797 des ersten Entwurfes des BGB. geübt worden war, sah sich die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs genötigt, gemäß den Vorschlägen des preußischen Justizministers einen Zusatzparagraphen (§ 797 a) einzufügen. Man hatte zwar auch schon in dem ersten Entwurf mit der Möglichkeit gerechnet, daß es Fälle gebe, in denen jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht für sich, sondern für einen anderen derart ausübt, daß dieser andere als Besitzer anzusehen sei. Eine besondere Bestimmung war aber von der ersten Kommission für entbehrlich erachtet worden. Die Kritik bewies das Gegenteil.

So entstand der § 797 a, der heutige § 855. Eine Bezeichnung für die in diesem Paragraphen in Betracht kommenden Personen wurde vom Gesetzgeber nicht gewählt. Man war der Ansicht, die nähere Ausgestaltung des § 797 a der Wissenschaft und Praxis überlassen zu müssen. Daher begnügte man sich damit, einen allgemeinen Rahmen des § 797 a aufzustellen, einzelne Fragen in irgend einer Richtung aber nicht zu entscheiden. Aus diesen Umständen heraus ist es verständlich, daß für die Personen des § 797 a kein Name bestimmt wurde.

Wenn wir heute nach über 30jährigem Inkraftsein des Bürgerlichen Gesetzbuches die der Wissenschaft und Praxis in Bezug auf den § 855 gestellte Aufgabe ins Auge fassen, so scheint diese nicht im Sinne des Gesetzgebers gelöst worden zu sein. Weder besteht ein einheitlicher Name für die Personen des § 855, noch ist der Inhalt frei von allen Zweifeln. Aus diesem letzten Moment heraus erklären sich auch die zum Teil abweichenden Bezeichnungen, die man je nach der Auslegung für die Personenklasse des § 855 gewählt hat. Einem Namen gebührt der Vorzug. Er wurde als Titel dieser Arbeit gewählt, weil er nicht nur in

Rechtslehre [1]) und Rechtsprechung [2]) am meisten Anklang gefunden hat, sondern auch den Sinn des § 855 am besten wiedergibt.

Der Vollständigkeit halber seien auch die anderen Bezeichnungen hier genannt. Neben „Besitzdiener" findet sich am häufigsten der terminus „Besitzgehilfe" [3]). Diese Bezeichnung ist aus dem Grunde ungeeignet, weil sie leicht zu der Annahme verleiten kann, man habe es mit jemand zu tun, der sich nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis, sondern in einem dem Besitzherrn gleichgeordneten Verhältnis befände.

Der gleiche Mangel haftet dem „Besitzhelfer" [4]) an.

„Besitzhalter" [5]) trifft insofern nicht das Wesen des § 855, als der Ausdruck leicht zu dem Irrtum führen kann, der Paragraph beschränke sich lediglich auf die Fälle der momentanen Detention.

Dagegen kommen die Bezeichnungen „Inhaber" [6]) oder „unselbständiger Inhaber" [7]) dem Kern des § 855 schon näher, da namentlich die letztere eine gewisse Abhängigkeit vom Besitzherrn betont und die Fälle der momentanen Detention mit umfaßt. Sie haben aber wenig Anklang gefunden; wohl aus dem Grunde, weil der Begriff „unselbständige Inhabung" über die Fälle des § 855 hinaus reicht und das Wort „Inhabung" zu Verwechselungen Anlaß geben kann, da diese Benennung an die Inhabung im E. II erinnert, die im wesentlichen mit dem unmittelbaren Besitz des § 868 übereinstimmt, vom Gesetz aber ausgemerzt werden sollte.

Daß der Name „Gewahrsam" [8]) nicht geeignet ist, wird im letzten Abschnitt gezeigt werden.

Alle diese Bezeichnungen haben, wie wir gesehen haben, teilweise etwas für sich, geben aber anderseits zu Zweifeln über die richtige Auffassung des § 855 Anlaß. Einen neuen Namen nennen, hieße von neuem Staub aufwirbeln um einen Begriff, der sich schwer durch ein einzelnes Wort definieren läßt. Es ist daher im Interesse einer festen Terminologie ratsam, die von

---

1) Achilles-Greiff, BGB., § 855. Biermann III, § 855, Anm. 1. Crome, Syst. d. B. R. III, § 348 I, Ib. J. Gierke, Sachenrecht, § 2 IV. Goldmann-Lilienthal, BGB, II, § 1, 2. Neumann, Handausg. I, § 855. Planck, III, § 855, Anm. 1. Staudinger, III, 1, § 855, Anm. 1. Warneyer, II, § 855. M. Wolff, Sachenrecht, § 6.

2) RG. in RGZ. Bd. 66, S. 259. RG. in RGZ. Bd. 71, S. 248. RG. in JW. 1908, S. 526, Nr. 12. KG. in OLG. Bd. 42, S. 272. KG. in OLG. Bd. 2, S. 149.

3) Dernburg, BR. III, § 14. Kohler, Arch. Bürg. R., Bd. 18, S. 81. RGRK § 855, Anm. 1.

4) Staudinger, III, 1, § 855.

5) Endemann, BR. II, § 33.

6) Cosack, BR. II, § 185; VI, 2d.

7) Strohal, in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 1.

8) Dernburg, BR. III, § 14.

Bekker[1]) geprägten Ausdrücke „Besitzdiener“ und „Besitzdienerschaft“ zu übernehmen, wenn auch letzterer, wie richtig bemerkt wird[2]), sprachlich nicht ganz richtig gebildet ist, da Dienerschaft stets eine Mehrheit von dienenden Personen bedeutet.

B. Hauptteil.

Der Besitzdiener und seine Rechtsstellung.

1. Abschnitt. Voraussetzungen der Besitzdienerschaft.

§ 1. Ausübung tatsächlicher Gewalt für einen anderen.

§ 855: „Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer“.

Die erste Voraussetzung für das Vorhandensein einer Besitzdienerschaft ist, daß der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen (Besitzherrn) ausübt. Fassen wir zunächst den Begriff der „tatsächlichen Gewalt“ ins Auge, so betreten wir ein umstrittenes Gebiet. Ursache zu diesem Streit gibt die verschiedene Auslegung des Begriffes „tatsächliche Gewalt“. Vergebens suchen wir in dem BGB. nach einer Definition; eine Maßnahme, die der Gesetzgeber nicht ganz unabsichtlich getroffen hat. Wäre man damals bei der Schaffung des BGB. dem Gedanken noch sehr hold gewesen, alle Begriffe bis ins einzelne festzulegen, dann hätten wir heute schon eine Reihe von Fällen, die nicht unter diesen Begriff paßten, zweifellos aber von dem Gesetzgeber unter diesen gebracht worden wären, hätte er diese Fälle zur Zeit der Gesetzgebung gekannt. Daher handelt die moderne Gesetzgebung weise und verleiht dem Gesetze längere Lebensdauer, wenn sie Begriffe, die dem praktischen Leben entnommen werden sollen, nicht in eine feste Form bringt, sondern die Auslegung der späteren Zeit vorbehält.

---

1) Bekker, Jher. Jahrb., Bd. 34. S. 26, 42.
2) Sprenger, Besitzdiener, S. 12, Anm. 5.

Gehen wir an die Erforschung des Begriffes „tatsächliche Gewalt", so können wir zur Unterstützung die §§ 854 und 856 heranziehen, in denen wir ebenfalls denselben Ausdruck vorfinden.

§ 854: „Der Besitz einer Sache wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben."

§ 856: „Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert".

Erwerb und Verlust des Besitzes hängen eng mit dem Faktor der tatsächlichen Gewalt zusammen. Sie lassen die Schlußfolgerung zu, daß der Besitz nach dem BGB. auf tatsächlicher Grundlage beruht.

Im Gegensatz hierzu mußten nach der herrschenden Lehre des römischen Rechts[1]) in der Person des Besitzers neben dem äußeren Moment (corpus) ein bestimmtes inneres Willensmoment (animus) vorhanden sein. Der animus possidendi war ein notwendiges Erfordernis auf Seiten desjenigen, der für sich den „juristischen Besitz" in Anspruch nehmen wollte[2]). Da man aber mit dem Schutze des possessors nicht auskam, sah man sich genötigt, auch anderen Personen Besitzesschutz zukommen zu lassen, bei denen der Wille, die Sache als eigene zu haben, mangelte; daher kannte man neben dem „juristischen Besitz" auch noch einen „abgeleiteten Besitz" und außerdem die „Detention". Dem „abgeleiteten juristischen Besitzer" wurde aus seiner Stellung zu dem juristischen Besitzer, der den animus domini hat und in diesem Willen von jenem vertreten wird, der Besitzschutz zuteil. Dem Detentor fehlte der animus possidendi; er besaß die Sache nicht für sich, sondern in Unterordnung unter einen anderen. Eine possessorische Klage stand ihm nicht zu.

Die ungünstigen Folgen und Schäden, die mit der Ausdehnung des Besitzschutzes auf den Detentor verbunden waren, wurden durch den E. I nicht beseitigt. Auch er baute das Besitzrecht auf einer künstlichen Unterscheidung zwischen Besitz und Inhabung auf und brachte in das stark umstrittene Gebiet keinen Lichtblick. Erst der E. II schuf auf Anregung der fast einhelligen Kritik ein neues Besitzrecht ohne unmittelbare Anlehnung an eines der bisherigen Rechtssysteme. Es schloß sich in seinen Grundlagen mehr an die Auffassung des gewöhnlichen Lebens und Verkehrs an, indem es bestimmte, daß der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird. Damit gab das Gesetz zu erkennen, daß im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht heute ein Besitzwille als Erfordernis des Besitzerwerbs nicht mehr

1) Vgl. Savigny, Recht des Besitzes, S. 109 ff.
2) Vgl. Kübler, Geschichte, § 19.

verlangt wird[1]). Ein Antrag, der im § 854, Abs. I die Worte hinzufügen wollte: „Wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben", wurde von der zweiten Kommission abgelehnt[2]). Hieraus darf aber nun nicht gefolgert werden, daß der Wille des Erwerbers beim Besitz völlig gleichgültig sei, denn ein tatsächliches Gewaltverhältnis ist ausgeschlossen, wenn man im gegebenen Falle vom Beherrschungswillen völlig absieht. Vielmehr ist aus dem Umstande, daß das Gesetz das Erfordernis einer Willensbestätigung beim Besitzerwerb hat fallen lassen, nur der Schluß zu ziehen, daß dem Willen keinesfalls die Bedeutung einer rechtlichen Voraussetzung für den Erwerb zukommt[3]).

Wenn das BGB. somit in Bezug auf den Besitzwillen eine Vereinfachung gebracht und die verschiedenen Zweifel, die im gemeinen Recht das Gebiet des Besitzwillens stark verdunkelten, ziemlich beseitigt hat, lebt die Streitfrage über die rechtliche Natur des Besitzes auch heute noch fort. Es ist hier nicht die Aufgabe, diese Streitfrage in irgend einer Richtung zu lösen. Erwähnt sei nur, daß man immer mehr geneigt wird, dem Besitze den Charakter eines subjektiven Rechtes zuzusprechen und so viele Schwierigkeiten auf einfache Weise lösen kann. Da schon in den Motiven[4]) der Besitz als ein mit erheblichen Rechtswirkungen ausgestattetes „ökonomisches Rechtsgut" bezeichnet wird, trägt mit Recht die herrschende Lehre kein Bedenken, den Besitz als ein „etwas" im Sinne des § 812 gelten zu lassen[5]) und in § 823 auch den Besitz als ein „sonstiges Recht" zu schützen[6]).

---

1) a. A. Kress, Besitz u. Recht, S. 146 ff. Wendt, Besitz u. Besitzwille. S. 79 ff. Manigk, Willenserklärung, S. 655. Cosack, BR. II, § 186, III, 1. Windscheid-Kipp, Pandektenrecht I, § 149 ff. Bunsen, Arch. Bürg. R. Bd. 23, S. 86, Anm. 20. Vgl. auch Affolter, Arch.Bürg.R., Bd. 17, S. 1 ff.

2) Vgl. Prot. III, S. 30.

3) So die herrschende Lehre: RGRK. III, § 854, Anm. 3. O. Gierke, Sachenrecht, § 115, S. 228. Staudinger III, 1, § 854, Anm. I, 2b. Kretzschmar, Sachenrecht, § 854, Anm. 3. Kniep, Besitz, S. 91. Biermann, III, § 854, Anm. 3a. Crome, Syst. III, § 345. Aravantinos in Jher.Jahrb., Bd. 48, S. 125. Maenner, Sachenrecht, § 17, S. 131.

4) Mot. 2, S. 830.

5) Staudinger, II 2 Vorbem. 5 zu § 812. v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 128 ff. RGRK. II, § 812, Anm. 1. Oertmann, Schuldverh., Vorbem. 2a ß zu § 812. Warneyer, I, § 812, Anm. II. Planck, II, 2, § 812, Anm. I, 1a. Crome, Syst. II, § 317, S. 981, 2a. Sturm, Form des Rechts, S. 104 ff.

6) Enneccerus, Schuldverh. § 228, I, Ic. Oertmann, Schuldverh. § 823, Anm. 3e. Warneyer, I, § 823, Anm. III. Staudinger II, 2, § 823, Anm. II, 2e, α, ß ß. Goldmann-Lilienthal, BGB. I., § 231, S. 890. Neumann, Handausg. I, § 823, Anm. V, 1a ß. Eck-Leonhard, BGB. I, § 103, S. 601, Anm. 1. Kuhlenbeck, BGB. I, § 823, Anm. 8b. RG. in RGZ., Bd. 91, S. 66. RG. in Gruch.Beitr. Bd. 50, S. 968, Nr. 86.

Kehren wir nun zum Ausgangspunkt, dem Moment der tatsächlichen Gewalt zurück, so steht fest, daß es für den Besitzbegriff ein wesentlicher Faktor, nicht aber mit dem Besitz identisch ist. Tatsächliche Herrschaft über eine Sache und Besitz decken sich nicht vollständig. Das geht m. E. aus § 856, Abs. 2 hervor, wonach der Besitz nicht dadurch verloren geht, daß der Besitzer vorübergehend an der Ausübung der Gewalt verhindert ist. Hier behält der Besitzer den Besitz, obgleich ihm die tatsächliche Gewalt mangelt. Auch möge noch gegen die Ansicht, daß der Besitz gleichbedeutend sei mit der tatsächlichen Gewalt, folgendes angeführt werden. Wären beide Begriffe einander gleich, dann stände nichts im Wege, sie beliebig zu vertauschen. Für den § 854 würde sich dann ergeben: Die tatsächliche Gewalt einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Das widersinnige Resultat zeigt selbst, was man von dieser Ansicht zu halten hat.

Eine nähere Bestimmung darüber zu geben, wann tatsächliche Gewalt vorliegt, ist bei der Verschiedenheit der Sachen einfach unmöglich.

Man darf nicht die Fähigkeit des Besitzers verlangen, Einwirkungen fremder von der Sache fernzuhalten[1]). Die Besitzentziehungsklage setzt ja gerade voraus, daß andere stärker waren als der Besitzer; nur darauf kommt es an, daß der Stärkere die Sachen nicht in seinen Besitz bringt. Auch nicht die Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einwirken zu können, begründet tatsächliche Gewalt[2]) Sie ist unzureichend, da diese Möglichkeit bei frei zugänglichen Grundstücken und bei offen daliegenden beweglichen Sachen für jedermann besteht, dem abwesenden Besitzer aber meistens fehlt. Ob das Verhältnis einer Person zu einer Sache tatsächliche Gewalt darstellt, beurteilt sich lediglich nach der Verkehrsanschauung[3]).

Hierein spielt auch die Streitfrage, ob man berechtigt ist, bei dem Besitzdiener von einer tatsächlichen Gewalt, die er innehat, zu sprechen oder nicht. Bejaht man sie, so stellt § 855 eine Ausnahme von der in § 854 normierten Regel dar, wonach jeder, der die tatsächliche Gewalt an einer Sache hat, als Besitzer

1) So allerdings: Savigny, Recht d. Besitzes, S. 26. Neumann, Handausg. I, § 854, Anm. 2a. Goldmann-Lilienthal, BGB. II, § 1, S. 3.

2) So: Windscheid, Pandektenrecht I, § 153, S. 760. Vgl. dazu Bähr, in Jher.Jahrb., Bd. 26, S. 229.

3) So die herrschende Lehre: Staudinger III, 1, § 854, Anm. I, 1. RGRK. III, § 854, Anm. 3. Lindemann-Soergel, BGB. II, § 854, Anm. 1. Warneyer, II, § 854, Anm. III. Kretzschmar, Sachenrecht, § 854, Anm. 2. Sokolowski, Besitz, S. 264. O. Gierke, Sachenrecht, § 115, S. 228, II. Wolff, Sachenrecht, § 5, S. 17, III. Vgl. auch Goldschmidt, Studien, S. 64.

gilt[1]). Anderenfalls ist der Paragraph nur als eine Erläuterung des § 854 anzusehen[2]). Nach einer dritten Ansicht[3]) stellt § 855 zwar formell eine Ausnahme von einem in § 854 bereits gegebenen Besitzbegriff auf, dieser wird materiell aber erst durch die Verbindung der genannten Paragraphen gegeben.

Obgleich diese Frage rein theoretischer Natur ist, soll ein Versuch gemacht werden, sie im Sinne des Gesetzes zu lösen. Die Materialien[4]) bringen uns dem Ziel nicht näher. Die Begründung des Kommissionsbeschlusses spricht zwar an der Spitze eindeutig aus, daß § 797a (§ 855) keine Aenderung, sondern nur eine Ergänzung und Erklärung des § 797 (§ 854) bezwecke. Später wird aber dieser Standpunkt nicht innegehalten. Man konstatiert, daß es eine Reihe von Fällen gebe, in denen jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen ausübe, selbst aber nicht Besitzer sei. Hierin liegt ein Widerspruch, der den Ansichten beider Parteien gerecht wird. Mit Recht wird aber darauf hingewiesen), daß infolge des in der tatsächlichen Gewalt liegenden Momentes der Selbständigkeit der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt nicht haben könne. Dieses Moment gehört zum Begriffe der tatsächlichen Gewalt. Das ergibt sich aus § 854 in Verbindung mit § 855, wo dem Besitzdiener die Selbständigkeit mangelt und er daher auch nicht die tatsächliche Gewalt für sich in Anspruch nehmen kann. Ihm wird die Sache nur in die Hand gegeben, damit er sie zur körperlichen Verfügung des Besitzherrn halte. Ein Recht irgend welcher Art wird dem Besitzdiener dem Herrn gegenüber nicht eingeräumt; daher stehen auch die Sachen im unmittelbaren Machtbereich des Besitzherrn. Er ist nicht nur der alleinige unmittelbare Besitzer, sondern ihm steht auch die tatsächliche Gewalt zu. Eine tatsächliche Beziehung, die nach der Verkehrsanschauung der Person die Herrschaft über eine Sache verleiht, besteht nur zwischen dem Besitzherrn und der Sache. Somit entfallen auch die Zweifel über das Verhältnis des § 855

---

1) So: Leonhard, Vertretung, S. 63. Thiesing, in Arch. Bürg. R., Bd. 27, S. 240. Wolff, Sachenrecht, § 6, Anm. 1. Eck Leonhard, BGB. 2, S. 8. Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, I, §§ 148—155, S. '786. Rohde, Studien I, S. 49 ff. Bartels, in Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 645. Goldmann-Lilienthal, BGB. II, § 1, S. 4. Neumann, Handausg. I, § 855, Anm. 3. Turnau-Förster III, § 855, Anm. 1. Wendt, Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 66.

2) So Plank, III, § 855, Anm. 1. Staudinger, III, I, § 855, Anm. II 4. Biermann, III, § 855, Anm. 1. Crome, Syst. III, S. 25, Anm. 18. Endemann, B.R. II, 1, § 33, S. 168. Warneyer, II, § 855, Anm. Binder, Rechtsstellung I, S. 57, Anm. 76. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 5 ff. Rosenberg, III, 1, Vorbem. 4 f. zu § 854.

3) Sprenger, Besitzdiener, S. 17.

4) Prot. III, S. 31; Mot. III, S. 86.

5) Vgl. Stolz, Besitzdiener S. 29.

zu § 856. Wollte man dem Besitzherrn die tatsächliche Gewalt im § 855 absprechen, dann könnte die einzige Vorschrift über Besitzbeendigung (§ 856) auf ihn keine Anwendung finden.

Die Feststellung, daß der § 855 keine Ausnahme von § 854, sondern lediglich eine Ergänzung darstellt, wirkt sich auf die Bedeutung der Worte „für einen anderen" im § 855 aus. Nicht ist hieraus zu folgern, daß der Besitzdiener sich in jedem Falle entschließen muß, für den Besitzherrn zu handeln. Das Willensmoment ist beim Besitze stark zurückgedrängt worden. Infolgedessen ist auch eine bestimmte Willensrichtung (ein animus alieno nomine possidendi) keine Voraussetzung für die Besitzdienerschaft[1]). Auch kann nicht die Ausübung der Gewalt im Interesse eines anderen gemeint sein. Maßgebend ist vielmehr nur — und das ist das Hauptmoment —, daß der Besitzdiener tatsächlich auf Grund des zwischen ihm und dem anderen bestehenden Gewaltverhältnisses handelt[2]). In allen diesen Fällen hat der Besitzherr den Besitz; auch an Sachen, die dem Besitzdiener zum persönlichen Gebrauch überlassen sind; z. B. an dem Bett, in dem er schläft. an der Livrée, die er trägt[3]).

Obgleich das Gesetz im § 855 nur von Sachen spricht, so kann man gemäß dem Grundsatz: soweit Besitz besteht, ist auch eine Bezitzdienerschaft möglich, die Besitzdienerschaft auch auf Sachteile Anwendung finden lassen. Ein sehr häufig in der Literatur verwendetes Beispiel möge dies beleuchten: Wenn eine Herrschaft verreist und das Dienstmädchen zur Bewachung der Wohnung zurückläßt, die nur aus einer Etage besteht, so ist dieses Besitzdienerin bezüglich der Etage. Die Etage ist nur der Teil eines Hauses, ein Sachteil (§ 865). Das Dienstmädchen ist also Besitzdienerin eines Sachteils[4]).

Da das BGB, ferner in § 1029 und § 1090 einen Besitz an Rechten anerkennt, so ist auch bei Rechten Besitzdienerschaft möglich[5]). Hier erwirbt und erhält der Besitzdiener als Quasi-Besitzdiener den Quasibesitz der Fahrgerechtigkeit seinem Herrn.

---

1) A. A. Last, in Jher. Jahrb., Bd. 62, S. 118. Wendt, Besitz und Besitzwille, S. 95 ff. Kreß, Besitz und Recht, S. 166 ff. Bruns, Besitzerwerb, S. 149. Rohde, Studien XX, S. 2 ff. Sokolowski, Besitz, S. 242, 273 ff.

2) So auch die herrschende Lehre: RGRK. III, § 855, Anm. 2. Biermann, III, § 855, Anm. 2 c. Staudinger, III, 1, § 855, Anm. II, 4. Lindemann-Sörgel, BGB. II, § 855, Anm. 2. Crome, Syst. III, § 348, I, 1 b ß. Kuhlenbeck, BGB. II, § 855, Anm. 1. Maenner, Sachenrecht, § 17, S. 126, Anm. 7. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II, 1.

3) Planck, III, § 855, Anm. 2. Warneyer, II, § 855, Abs. 2.

4) Sprenger, Besitzdiener, S. 39 ff. Barfurth, Besitzdiener, S. 68.

5) Staudinger, III, 2, § 1029, Anm. 2 b. Planck, III, § 1029, Anm. 5 a

Daneben wird der Besitzdiener meistens noch eine tatsächliche Gewalt außerhalb seines Abhängigkeitsverhältnisses, z. B. an seinen eigenen Sachen ausüben. Hier ist allein der Besitzdiener Besitzer [1]). Dies wird man auch annehmen müssen für Dienstpflichtige, die als sachverständige Leiter angestellt sind oder eigenenen Hausstand und selbständige Wirtschaftseinrichtung, als ländliche Arbeiter zumeist auch als weitere Vergütung Ackernutzung haben. Sie haben an der ihnen eingeräumten freien Wohnung Besitz [2]).

Da das Verhältnis zwischen dem Besitzherrn und Besitzdiener allein entscheidend ist für die Frage, ob dieser oder jener den Besitz an einer Sache innehat, ist auf die Art dieses Verhältnisses näher einzugehen.

§ 2. Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener.

Wie oben bereits hervorgehoben wurde, ist der Besitzdiener nicht Besitzer infolge eines zwischen ihm und dem Besitzherrn bestehenden Gewaltverhältnisses, das jenen in eine gewisse Abhängigkeit dem Besitzherrn gegenüber bringt und daher als Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis bezeichnet werden darf.

Abzulehnen sind die Ansichten, die das Kriterium des Besitzdienerverhältnisses in etwas anderem suchen, als in dem Abhängigkeitsverhältnis. Auf einer Verkennung des Gesetzes beruht die Ansicht [3]), daß ein Verhältnis dieser Art völlig bedeutungslos sei, vielmehr dem Herrn der Besitz an den in den Händen des Besitzdieners sich befindenden Sachen nur aus dem Grunde zuzuschreiben sei, weil die Sachen objektiv erkennbar in das Herrschaftsgebiet des Herrn gehörten. Abgesehen davon, daß schon in den Protokollen [4]) klar und deutlich ausgesprochen wird, der § 855 stelle es auf das Verhältnis ab, in dem sich der Besitzdiener zum Besitzherrn befinde, ist diese Ansicht auch nicht mit dem Gesetz vereinbar. Das Gesetz läßt durch seine Fassung klar erkennen, daß ein Verhältnis erforderlich ist, vermöge dessen der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten hat und daß bei Bestehen eines solchen Verhältnisses der Besitzherr den Besitz hat.

Barfurth, Besitzdiener, S. 68.

1) Planck, III, § 855, Anm. 2. Biermann, § 855, Anm. 2 c.

2) Vgl. Josef, Seuff. Bl. 1909, S. 724. Planck, III, § 855, Anm. 2. Biermann, § 855, Anm. 2 a.

3) Endemann, BR., II, 1, § 33.

4) Prot. III, S. 32.

Auch gibt das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Besitzdienerschaft auf dem Willen des Besitzdieners beruhe. Das wurde schon bei der Bedeutung der Worte „für einen anderen" betont, sei hier aber noch einmal wieder aufgenommen und durch praktische Anwendung widerlegt. Käme es auf den Willen des Besitzdieners an, dann wäre dieser in der Lage, sich durch eine innere Entschließung zum Besitzer zu machen. Der Besitzherr, der sich des Besitzdieners nur als Hilfsperson bedient, weil er selbst nicht imstande ist, allen im Leben vorkommenden Aufgaben zu genügen, wäre damit jederzeit der Gnade des Besitzdieners ausgeliefert. Faßt dieser bei der Ausführung der ihm übertragenen Verrichtungen plötzlich den Entschluß, eine bestimmte Sache besitzen zu wollen, so hätte das den Besitzverlust des Herrn zur Folge. Dieser wäre nicht mehr in der Lage, bei Weigerung des Besitzdieners von seinen eigenen Sachen Gebrauch zu machen, sondern könnte nur mit Hilfe des ordentlichen Rechtsweges den früheren Zustand wieder herstellen. Diese Folgerungen widersprechen nicht nur dem Sinn des § 855, sondern machen diesen Paragraphen völlig illusorisch.

Es ist daher wieder auf die von der herrschenden Lehre[1]) vertretene und dem Zweck des Gesetzes am meisten gerecht werdende Ansicht zurückzukommen, daß das charakteristische Merkmal des § 855 in dem Verhältnis der Unterordnung und Abhängigkeit zwischen dem Besitzdiener und Besitzherrn besteht.

Wendet man sich nun der Frage über die Art und Weise des Abhängigkeitsverhältnisses zu, so betritt man ein keineswegs unbestrittenes Gebiet. Das Gesetz liefert uns für die Auslegung einige Anhaltspunkte, indem es die praktisch wichtigsten Arten der in Betracht kommenden Abhängigkeitsverhältnisse, den Haushalt und das Erwerbsgeschäft als Beispiele anführt und dann auf ähnliche Verhältnisse verweist, vermöge deren jemand den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat. Die Fassung deutet darauf hin, daß ein Verhältnis der Unterordnung gemeint ist. Da im Haushalt und Erwerbsgeschäft die Tätigkeit des Besitzdieners immer in einer gewissen Abhängigkeit zum Besitzherrn geführt wird und das Gesetz ein Verhältnis fordert, das den Verhältnissen des Haushalts und des Erwerbsgeschäfts ähnlich

1) Achilles-Greiff, BGB., § 855, Anm. 1. Bartels. in Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 654. Bruns, Besitzerwerb, S. 148. Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Dernburg, BR. III, § 14, S. 56. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 140. Goldmann-Lilienthal, BGB. II, § 1, S. 2. Leonhard, Vertretung, S. 63. Neumann, Handausgabe I, § 855, Anm. 1a. Planck, III, § 855, Anm. 2, Siméon, Recht I, 2, § 87, S. 652. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 12. Turnau-Förster, § 855, Anm. 1. Wolff, Sachenrecht, § 6, III. KG. in OLG. Bd. II, S. 147. OLG. Posen, in Seuff. Arch. Bd. 57, Nr. 35.

ist, gibt es zu erkennen, daß es auf ein Abhängigkeitsverhältnis abstellt. In dem ursprünglichen Beschluß der zweiten Kommission [1]) war eine dementsprechende Fassung vorgesehen worden. Um aber Mißverständnissen in Bezug auf die Abgrenzung des § 855 gegenüber dem § 868 vorzubeugen, nahm man von dem „Abhängigkeitsverhältnis" Abstand und sprach schlechthin von einem „ähnlichen Verhältnis". Durch die Wandelung des Ausdrucks war eine sachliche Aenderung nicht beabsichtigt.

Im übrigen wollte das Gesetz der Auslegung überlassen, den Kreis der Besitzdiener zu ziehen. Der Aufforderung ist in reichlichem Maße entsprochen worden. Doch hat die nicht genau fixierte Fassung zu vielen Streitfragen Anlaß gegeben, da man teils die Grenzen sehr weit, teils sehr eng stecken zu müssen glaubte. Daher sind die Fragen, wann ein solches Abhängigkeitsverhältnis vorliege, wie dieses beschaffen sein müsse, wer zur Klasse der Besitzdiener zu rechnen sei, keineswegs einheitlich gelöst.

Einige Autoren [2]) fordern als Zeichen für das Vorhandensein der Besitzdienerschaft eine äußerliche Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses. Wie die vom Gesetz in § 855 aufgeführten Verhältnisse „Haushalt und Erwerbsgeschäft" der Außenwelt gegenüber veranschaulichen, daß hier ein äußerlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis vorliege, so handle es sich auch bei dem vom Gesetz gleichgestellten Verhältnissen um äußerlich erkennbare Abhängigkeitsverhältnisse [3]). Zuzugeben ist, daß in sehr vielen Fällen die Erkennbarkeit nach außen geeignet sein wird, die Besitzdienereigenschaft kenntlich zu machen. Doch ist diese Erkennbarkeit kein Wesensmoment für die Besitzdienerschaft. Abgesehen davon, daß sie dem Besitzdienerverhältnis nicht immer gerecht wird, da oft nach außen hin kein unterscheidendes Merkmal zwischen Besitzherrn und Besitzdiener vorhanden ist, steht diese Ansicht im Widerspruch sowohl zu der Entstehung des Gesetzes als auch zu dem Gesetze selbst. Hiernach ist nicht die Stellung des Besitzdieners nach außen das Entscheidende, sondern das Charakteristische liegt in der Stellung des Besitzdieners zu seinem Herrn.

Daher kann auch nicht der Ansicht zugestimmt werden [4]), daß Erkennbarkeit des Verhältnisses zwischen Besitzherrn und Besitzdiener immer dann erforderlich sei, wenn sich die Sache,

---

1) Prot. III, S. 32.
2) Gaertner, Gerichtlicher Schutz, S. 140, 142. Isay, Geschäftsführung, S. 286. Crome, Syst. § 344, Anm. 23.
3) Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 140.
4) Endemann, BR. II, 1, § 33, S. 171 c.

die Gegenstand des Besitzdienerverhältnisses ist, außerhalb des Hauses befindet.

Ebenfalls gehört nicht zum Begriffe der Bezitzdienerschaft, daß der Besitzdiener sich in den Räumen des Arbeitgebers und zwar, wie äußerlich erkennbar, befinden müsse[1]).

Allein maßgebend für die Frage, ob der Besitzherr oder der Besitzdiener den Besitz an einer Sache innehat, ist das innere Verhältnis[2]). Diese Auffassung ermöglicht auch eine leichtere Unterscheidung der Fälle der Besitzdienerschaft von denen des mittelbaren Besitzes (§ 868), da es nicht allzu schwer sein wird, auf Betrachtung des inneren Verhältnisses hin festzustellen, ob ein Verhältnis sozialer Abhängigkeit besteht oder nicht.

Wie eine „typische Offenkundigkeit der gestion“[3]) nicht das Besitzdienerverhältnis ausmacht, wird dieses auch nicht durch die geistige Beherrschung des Besitzdieners durch den Besitzherrn[4]) begründet. Es sind Fälle denkbar, wo der Besitzdiener dem Besitzherrn in dieser Hinsicht nicht nur ebenbürtig ist, sondern ihn sogar überragt. Wollte man bei dieser Sachlage ein Besitzdienerverhältnis leugnen, so entspräche das keineswegs der ratio legis.

Auch ist mit Recht starker Widerspruch[5]) erhoben worden gegen die Forderung, die für die Abgrenzung des § 855 entscheidend sein soll[6]), daß der Besitzdiener „sofort“ den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen Folge zu leisten habe. Abgesehen davon, daß durch die Einschiebung des „sofort“ nichts gewonnen ist, da sich schon aus dem Verhältnis des Besitzdieners zu seinem Herrn ergibt, daß jener je nach Bedarf auch eine Anweisung des Herrn sofort zu befolgen hat, kann dieses „sofort“ in Bezug auf den Kreis der Besitzdiener zu Irrtümern Anlaß geben. Käme es allein hierauf an, dann müßte man auch den Beauftragten und Verwahrer als Besitzdiener ansehen, da für diese hinsichtlich der Herausgabe von Sachen an den Auftraggeber bezw. Hinterleger eine diesbezügliche Gehorsamspflicht besteht (§§ 667 u. 695).

---

1) Rotering, in Arch. Bürg. R., Bd. 27, S. 67.

2) Vgl. Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Warneyer II, § 855. Eck-Leonhard, BGB. II, § 1, S. 9. Fleck, in Arch. Bürgerl. R., Bd. 15, S. 374. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 3. Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 67ff. Planck, III, § 855, Anm. 2. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II, 2eß.

3) Isay, Geschäftsführung, S. 286.

4) Siméon, Recht I, 2, § 87, 2.

5) Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Gaertner, Gerichtl. Schutz. S. 141. Matthiass, Bürgerl. R., § 145, IA. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II, 2c. Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 55ff. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 12, Anm. 17.

6) Bekker, Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 43.

Da das Gesetz diesen Personen, die über die Art der Behandlung der Sache selbst nach eigenem Ermessen befinden können, um deswillen eine besondere Verantwortlichkeit hinsichtlich ihrer Behandlung aufgebürdet hat, will es ihnen wegen eines aus dieser Verantwortung entspringenden Interesses ein Besitzklagerecht geben. Daher sind sie keine Besitzdiener, und das Kriterium des Besitzdienerverhältnisses liegt nicht darin, daß jemand „sofort" den Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat.

Auch würde man fehlgehen, wollte man das Vorhandensein des Abhängigkeitsverhältnisses nach gewissen mechanischen Regeln bestimmen und die örtliche Lage der Sache, ihre Zugehörigkeit zu den Zwecken des Dienstes und ein Unterordnungsverhältnis in Bezug auf die Sache maßgebend sein lassen[1]). Dem örtlichen Machtbereich kommt eine maßgebende Rolle nicht zu. Die Vorschrift des § 855 enthält nicht den Sinn, daß alles, was im Haus und Geschäft sich befindet, im Besitze des Herrn sei. Damit würde man dem Besitzdiener in diesem Bereich jeglichen Besitz absprechen. Es ist aber oben schon erwähnt worden, daß der Besitzdiener an den eigenen Sachen selbst den Besitz hat, auch wenn sie sich im Hause des Herrn befinden. Nur an denjenigen Sachen steht dem Herrn der Besitz zu, die durch seine Verfügung zum Gebrauch im Hause oder Geschäft bestimmt wurden[2]). Anderseits ist die tatsächliche Gewalt des Besitzherrn nicht auf den engen Machtbereich beschränkt, sie erstreckt sich auch auf Sachen, die sich außerhalb des Hauses und der umfriedeten Liegenschaften befinden[3]).

Aus den bisherigen Ausführungen über das Vorhandensein einer Besitzdienerschaft ergibt sich, daß ein wesentliches Merkmal, bei dessen Vorliegen man ein Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen hat, schwer zu finden ist. Nicht läßt sich das Problem dadurch lösen, daß man in einer kasuistischen Aufzählung alle Fälle der Besitzdienerschaft zusammenfaßt, indem man von den im BGB. entwickelten Gruppen der „Innehabung der Hausgenossen", der „zufälligen Innehabung" und der „Innehabung auf Grund eines Vertrages" ausgeht[4]). Eine solche Einteilung führt insofern nicht zum Ziele, als sie nie eine erschöpfende Regelung darstellen kann.

Es ist daher für eine Definition des Besitzdienerverhältnisses folgendes zu beachten. Ob ein solches vorliegt, ist nicht allgemein bestimmbar, sondern immer im Einzelfalle nach der tatsächlichen

---

1) So Leonhard, Vertretung, S. 77.
2) Vgl. Endemann, BR. II, 1, § 33, Anm. 11. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 143.
3) Endemann, BR. II, 1, § 33, 2c.
4) So Kniep, Besitz S. 35.

Auffassung des Verkehrs zu beurteilen. Einige Autoren fordern „ein Verhältnis tatsächlicher Unterordnung des Besitzdieners unter den Besitzherrn von solcher Beschaffenheit, daß, wofern der Besitzdiener den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbst handelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen“ [1]). Nach anderer Ansicht ist Besitzdiener, wer bezüglich einer Sache vermöge seines Abhängigkeitsverhältnisses zu einem anderen nach der Auffassung des Verkehrs nicht eine ihm zustehende Gewalt, sondern die dem anderen zustehende Gewalt ausübt [2]). Aehnlich ist die Forderung eines Verhältnisses, bei dem nach den Gebräuchen unseres Verkehrs der eine dem anderen gegenüber, soweit die tatsächliche Gewalt über die Sache in Frage steht, durchaus keinen eigenen Willen hat, sondern schlechthin den Willen des anderen zur Ausführung zu bringen gehalten ist [3]).

Zieht man aus diesen Ansichten die Schlußfolgerung, so ergibt sich, daß das Vorhandensein eines Abhängigkeitsverhältnisses sich nach gefestigten sozialen Normen bestimmt, sei es, daß man das Rechtsgefühl des Volkes [4]), sei es, daß man die Auffassung des Lebens [5]) oder die Verkehrsanschauung [6]) hiefür maßgebend sein läßt. Es läßt sich somit folgende Definition über den Begriff der Besitzdienerschaft aufstellen, die das Ergebnis meiner bisherigen Ausführungen zusammenfaßt:

Besitzdienerschaft ist immer dann gegeben, wenn jemand auf Grund eines Abhängigkeitsverhältnisses, dessen Vorliegen sich im einzelnen nach der Verkehrsanschauung bestimmt, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen Folge zu leisten hat und infolgedessen weder die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat noch Besitzer derselben ist.

Wendet man sich nun der Gestaltung des Abhängigkeitsverhältnisses aus § 855 zu, so trifft man in der Literatur wieder die verschiedensten Ansichten. Die Hauptfrage, ob man zur Begründung des Besitzdienerverhältnisses ein Rechtsverhältnis fordern müsse oder ob ein tatsächliches Unterordnungsverhältnis genüge, gibt zu den ersten Zweifeln Anlaß. Die Mehrzahl der Autoren

---

1) Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 9.
2) Planck, III, § 855, Anm. 2.
3) Bekker, in Jherings Jahrb. Bd. 34, S. 44.
4) Jhering, Besitzwille, S. 11 ff.
5) Baron, in Jher. Jahrb., Bd. 30, S. 219. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 29, S. 357.
6) Planck, III, § 855, Anm. 2. Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 67 ff. Lenel, in Jher. Jahrb., Bd. 36, S. 92.

vertritt den Standpunkt, daß mit dem „Verhältnis“ in § 855 ein Verhältnis tatsächlicher Natur gemeint, ein Rechtsverhältnis also nicht erforderlich sei[1]). Dem wird von der anderen Seite[2]) entgegengehalten, daß es hier an der inneren Seite der Besitzgewalt des Herrn, der Sicherheit, die Sache berühren zu können, fehlen würde. Schon für das römische Recht[3]) sei die Meinung vertreten, es bedürfe bei jedem Besitze durch andere einer gültigen Rechtspflicht der Mittelsperson, den Besitz für den Herrn bereit zu halten. Diese Ansicht sei auch für das BGB. aufrecht zu halten.

Das BGB. gibt uns über diese Streitfrage keinen Aufschluß. Es spricht lediglich von einem Verhältnis, läßt aber die Frage offen, wie dieses Verhältnis beschaffen sein müsse. Nicht ist der Meinung[4]) beizupflichten, daß das Gesetz klar zu erkennen gebe, daß es nicht auf ein Rechtsverhältnis abstelle, da es ja nur von einem „Verhältnis“ spreche. Mit Recht kann man hiergegen geltend machen[5]), daß der Wortlaut des § 855 keineswegs diese Schlußfolgerung zuläßt. Auch in anderen Fällen spricht das Gesetz nur von einem „Verhältnis“ (§ 868), läßt aber durch die Fassung erkennen, daß hier ein Rechtsverhältnis gemeint sei. Allein aus dem Worte „Verhältnis“ ist nichts über seine Art zu entnehmen. In unserem Falle deutet aber das „Verhältnis“ nicht auf die juristische Art der Beziehung zwischen Besitzherrn und Besitzdiener hin, sondern nur auf einen Machtkreis des Besitzherrn, ähnlich dem Haushalt oder Erwerbsgeschäft. Insofern bedeutet das „Verhältnis“ hier etwas anderes als im § 868.

Auf Grund dieses Verhältnisses ist der Besitzdiener verpflichtet, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten. Diese Gehorsamspflicht kann als rechtliche Verpflichtung oder als Ausfluß rein tatsächlicher Abhängigkeit gedacht sein. In der Regel wird das Besitzdienerverhältnis durch ein Rechtsverhältnis begründet werden; dabei ist gleichgültig, ob dieses dem Privatrecht oder dem öffentlichen

1) Biermann, III, § 855, Anm. 2b. Planck, III, § 855, Anm. 2. Endemann, II, 1, § 33, 2b. Leonhard, Vertretung, S. 77ff. Crome, Syst., § 344, Anm. 29. RGRK. § 855, Anm. 5. Müller-Meikel, BR., § 204. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 2.

2) Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 141 im Ergebnis ebenso Binder, Rechtsstellung, I, S. 57, Anm. 76.

3) Leonhard, in Krit. V. J. Schr., Bd. 23, S. 311ff.

4) Biermann, III, § 855, Anm. 2b.

5) Vgl. Barfurth, Besitzdiener, S. 53.

Recht angehört[1]). Notwendig ist ein solches Verhältnis aber nicht. Auch wenn z. B. ein gültiger Dienstvertrag mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht zustande gekommen ist[2]), ist der Dienstverpflichtete nicht Besitzer der ihm zum Gebrauch überlassenen Sachen, solange er sich im Rahmen der Besitzdienerschaft hält. Auf den Grund des Abhängigkeitsverhältnisses ist kein besonderes Gewicht zu legen. Dieses kann auch auf Verwandtschaft oder Freundschaft beruhen[3]). Erforderlich ist nur, daß, sofern der Besitzdiener den Weisungen des Besitzherrn nicht Folge leistet, dieser nach der Auffassung des Lebens selbst handelnd eingreifen darf, um seinen Willen durchzusetzen[4]). Liegen diese Voraussetzungen vor, dann besteht auch eine Besitzdienerschaft auf Grund eines Verhältnisses rein tatsächlicher Natur. Es ist daher nicht zutreffend, wenn in den Protokollen[5]) gesagt ist, der § 855 stelle es auf ein Rechtsverhältnis ab[6]). In vielen Fällen wird schon eine auf bloßer Gefälligkeit beruhende Tätigkeit im Haushalt eines andern genügen, anderseits ein auf rechtlicher Grundlage beruhendes Abhängigkeitsverhältnis nicht ausreichen; so z. B., wenn dem Dienstverpflichteten tatsächlich eine umfassende Selbständigkeit eingeräumt ist[7]) Zum Schlusse sei noch zum Beweise, daß ein rein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zur Begründung der Besitzdienerschaft genügen muß, angeführt, daß auch Kinder unter 7 Jahren oder wegen Geisteskrankheit entmündigte Besitzdiener werden können[8]).

Man gelangt daher zu folgendem Ergebnis: Alle Streitigkeiten in der Literatur über die Grundlage des Abhängigkeitsverhältnisses erübrigen sich, da sie doch zu keinem gedeihlichen Ende führen. Bald wird der Abhängigkeit des Besitzdieners ein Rechtsverhältnis zugrundeliegen, bald wird der Besitzdiener durch eine freundschaftliche oder verwandtschaftliche Beziehung in seine Stellung zurückgedrängt werden. Maßgebend ist für die Besitzdienerschaft nur, daß ein Abhängigkeitsverhältnis besteht; dann ist die Stellung

---

1) Planck, III, § 855, Anm. 2. Müller-Meikel, BR. I, § 204. RGRK. § 855, Anm. 5. Staudinger, III, 1, § 855, Anm. II, 3a. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 2.

2) Bruns, Besitzerwerb, S. 149. Eck-Leonhard, BGB. II, § 1, S. 8, Anm. 3. Hellmann, Krit. V. J. Schr., Bd. 50, S. 114. Planck, III, § 855, Anm. 2. Staudinger, III, 1, § 855, Anm. II, 3 b. Rhode, Studien, XX, S 42.

3) Vgl. Bekker, in Jherings Jahrb., Bd. 34, S. 44. Neumann, Handausgabe I, § 855, Anm. 1a. Maenner, Recht der Grundst., § 14, Anm. 6. Rosenberg, III, 1, § 855, II, 2e. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 2.

4) Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 9.

5) Prot. III, S. 32.

6) Planck, III, § 855, Anm. 2.

7) Vgl. Neumann, Handausg. I, § 855, Anm. 1a.

8) Sprenger, Besitzdiener, S 37.

des Besitzdieners festgelegt. Sie bleibt unbeeinflußt von der Art des zwischen dem Besitzdiener und dem Besitzherrn bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses.

Auch übt auf sie die Dauer des Abhängigkeitsverhältnisses keine Wirkung aus. Ob ich jemand für längere Zeit mit der Erfüllung bestimmter Verrichtungen betraue oder ob dieser nur auf kurze und unbestimmte Zeit zu mir in ein Dienstverhältnis tritt, ist gleichgültig. Das Verhältnis zwischen Bezitzherrn und Besitzdiener braucht nicht ein dauerndes zu sein. Es genügt, daß der Besitzdiener den sich auf die Sachen beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat, wenn auch nur auf kurze Zeit [1]).

Ebenso wird das Abhängigkeitsverhältnis nicht dadurch beeinträchtigt, daß neben das Dienstverhältnis noch ein Vollmachtsverhältnis tritt. Das zeigt ohne weiteres die Stellung des Verkäufers in einem Handelsgeschäft, insbesondere die des Prokuristen, der trotz seiner umfassenden Vertretungsmacht doch nur Besitzdiener ist. Er ist in dem Geschäft des Prinzipals angestellt und somit ständig der Leitung und Aufsicht des Geschäftsherrn unterworfen. Damit steht er zu diesem in einem Abhängigkeitsverhältnis und übt nach der Auffassung des Verkehrs nicht eine ihm, sondern die dem Prinzipal zustehende Gewalt aus [2]). Für diese Sachlage ist ohne Bedeutung, ob der Geschäftsherr ortsanwesend ist und somit sofort in den Geschäftsbetrieb eingreifen kann oder ob die Stellung des Prokuristen eine selbständigere ist und die Anweisungen des Herrn immer erst nach einer gewissen Zeitspanne den Prokuristen erreichen [3]). Denn das soziale Abhängigkeitsverhältnis leidet durch die räumliche Entfernung des Besitzherrn keine Aenderung. Soll der Kutscher, der über Land fährt, oder Bedienstete, die Sachen nach einem anderen Ort zu tragen haben, aufhören, Besitzdiener zu sein, weil sie nicht mehr in unmittelbarer Nähe ihres Herrn stehen, wo sie doch ihre völlige Abhängigkeit von diesem auch jetzt noch nicht bestreiten und immer bereit sind, seinen Weisungen Folge zu leisten? Unmög-

---

1) So auch: RGRK. III, § 855, Anm. 5. Rosenberg, III, 1, § 855, II, 2e. Planck, § 855, Anm. 2. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 5. Staudinger, III, 1, § 855 II, 3a. Warneyer, II, § 855, Anm. Lindemann-Sörgel, BGB. II, § 855, Anm. 1. Dernburg, BR., III, § 14, S. 57. RG. in JW. 1908, S. 527, Nr. 12.

2) So auch RGRK. III, § 855, Anm. 4. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II, 2e. Lindemann-Soergel, BGB. II, § 855, Anm. 1. Staudinger III, 1, § 855, Anm. II, 9. Neumann, Handausgabe, I, § 855, Anm. 1b. Kaemmerer in Kl. Schr. Bd. XLVII, S. 186. RG. in RGZ., Bd. 71, S. 252. Vgl. aber auch KG. in OLG. Bd. 42, S. 272.

3) Cosmann, Besitzdiener, S. 54.

lich kann dies der Sinn des Gesetzes sein. Daher hat der Gesetzgeber auch nicht ausgesprochen, daß außerhalb des Machtbereichs des Besitzers der Begriff des Besitzdieners seine Anwendung versagt. Doch ist die Frage, ob und wann eine Einschränkung in räumlicher Beziehung zu machen ist, strittig. Nach einer Ansicht[1]) hört der Besitz der Herrschaft auf, wenn eine Teilnahme am Haushalt nicht mehr vorhanden ist. Der Schneidergeselle, der nicht im Haus des Meisters arbeitet, dem die Arbeit mit in seine Wohnung gegeben wird, erlange Besitz an den Gegenständen, auf die sich seine Tätigkeit erstrecken soll. Der Soldat, der nicht in der Kaserne, sondern für sich wohne, erwerbe Besitz an Uniform, Waffen, Munition. Nach anderer Ansicht[2]) endet der Besitz des Herrn dadurch, daß der Besitzdiener sich nicht mehr in dessen Nähe befindet. Das Befehlsverhältnis beschränke sich auf einen gewissen örtlichen Bereich. Zwar sei es nicht an das Haus und die Geschäftsräume gebunden; auch was die Dienstboten durch die Straßen trügen, stehe noch im Besitz des Herrn. Dagegen würde das Herrschaftsband abreißen und der Besitz des Herrn ein Ende nehmen, wenn der Diener mit Sachen auf die Reise geschickt werde. Eine dritte Ansicht[3]) geht weiter. Sie gibt zu, daß auch bei räumlicher Entfernung das Besitzdienerverhältnis fortdauern kann, läßt aber die Stellung des Besitzdieners nicht gänzlich unbeeinflußt von dem Aufenthaltsort des Besitzdieners und dem des Herrn. Denn bei allzu großer Entfernung gewinne die dienende Person eine solche Selbständigkeit, daß die Weisungen des Machthabers sie nicht erreichen und die im § 855 aufgestellte Limitation damit ganz entfalle. Es müsse eine Grenze gezogen werden, von wo ab der Besitzdiener aus seiner Stellung heraustrete und zum unmittelbaren Besitzer werde. So sei ein Handlungsreisender in Bezug auf die Musterkoffer Besitzdiener, solange er sich im Inlande aufhalte; überschreite er dagegen die Grenzen Deutschlands, dann erlösche das Unterordnungsverhältnis zwischen dem Reisenden und Prinzipal, weil dieser nicht mehr in der Lage sei, die Musterkoffer dem Reisenden jederzeit abzunehmen[4]).

Gegen diese Ansicht läßt sich mit dem Reichsgericht[5]) anführen, daß eine erhebliche räumliche Entfernung die Fortdauer des Besitzdienerverhältnisses nicht ausschließt. Maßgebend für das Bestehen eines solchen Verhältnisses ist nicht die ununter-

1) Kniep, Besitz S. 41.
2) Leonhard, Vertretung S. 77.
3) Vgl. Neumann, Handausgabe, I, § 855, Anm. 1 a. Planck, III, § 855, Anm. 2. Rotering, in Arch. B.R., Bd. 27, S. 68.
4) Barfurth, Besitzdiener, S. 73. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 9.
5) RG. in RGZ. Bd. 71, S. 251.

brochene Möglichkeit der unmittelbaren tatsächlichen Einwirkung auf die Sache von Seiten des Besitzherrn, sondern das in § 855 bezeichnete soziale Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Besitzherr die tatsächliche Gewalt über die Sache durch den Besitzdiener als sein Werkzeug ausübt[1]). Solange dieses Abhängigkeitsverhältnis besteht, bleibt der Besitzherr Besitzer, mag sich der Besitzdiener befinden wo er will. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß dem Besitzdiener bei Zunahme der Entfernung von dem Wohnort des Herrn eine größere Selbständigkeit eingeräumt und er nach außen oft als Besitzer der Sachen angesehen wird. Dadurch wird aber der Charakter des Abhängigkeitsverhältnisses nicht verändert. Der Besitzherr kann von seinem Eingriffsrecht jederzeit Gebrauch machen. Ihm steht der Besitzdiener machtlos gegenüber. Hieraus ergibt sich, daß die räumliche Entfernung auf das Besitzdienerverhältnis keinen Einfluß ausübt[2]).

Auch ist für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht von Erheblichkeit, ob der Besitzdiener die Gewalt allein oder nur neben dem Herrn, ob er sie vollständig oder nur teilweise ausübt[3]).

Nachdem wir die verschiedenen Ansichten über die Besitzdienerschaft einer Kritik unterzogen und die Momente hervorgehoben haben, die für das Besitzdienerverhältnis von Bedeutung sind, ist es jetzt unsere Aufgabe, an Hand des Gesetzes einige Beispiele aufzuführen, die das Wesen der Besitzdienerschaft veranschaulichen mögen. Es sei gleich vorweg bemerkt, daß die Aufzählung keine vollständige sein und insofern zu Schwierigkeiten führen kann, als eine Grenze zwischen Besitzdiener und mittelbaren Besitzer schwer zu ziehen ist und das Gesetz uns bei der Abgrenzung im Stiche läßt. Im Zweifel wird eher mittelbarer Besitz als Besitzdienerschaft anzunehmen sein, da es der Tendenz des BGB. entspricht, den Besitzesschutz auszudehnen[4]).

Als eine der wichtigsten Arten des für die Besitzdienerschaft in Betracht kommenden Abhängigkeitsverhältnisses nennt das Gesetz den Haushalt. Dieser ist nicht zu verwechseln mit dem Hausstand (§§ 1617—1619). Der Begriff des Hausstandes ent-

---

1) Warneyer, II, § 855, Abs. 1. RG. in JW. 1909, S. 416, Nr. 14.

2) Dernburg, BR. III, § 14, S. 57. Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 144. RGRK. § 855, Anm. 3. Staudinger, III, 1, § 855, Anm. II, 2b. Loewenwarter, § 855, Anm. Cosmann, Besitzdiener S. 55. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 1. RG. in RGZ., Bd. 71, S. 251. OLG. Kiel, in OLG., Bd. 8, S. 99. OLG. Posen, in Seuff. Arch., Bd. 57, Nr. 35.

3) Vergl. Dernburg, BR III, § 14, 3. Matthiass, BR, § 145, IA. Rosenberg III, 1, § 855, Anm. II, 2e. Siméon, Recht § 87, 2. Staudinger III, 1, § 855, Anm. II, 5. Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 1.

4) Vgl. Biermann, III, § 855, Anm. 2a.

spricht dem der häuslichen Gemeinschaft im § 617. Für die Anwendbarkeit des § 855 ist aber nicht erforderlich, daß die in Betracht kommenden Personen im Hausstande des Besitzherrn aufgenommen sind. Der Haushalt schließt einerseits den Hausstand ein, geht aber anderseits darüber hinaus. Somit sind nicht nur die dem Hausstand angehörenden Mitglieder (Familienangehörige, Verwandte, Dienstboten) Besitzdiener, sondern auch vorübergehend im Haushalt beschäftigte Personen, wie Aufwartefrauen, Lohndiener, Wäscherinnen fallen darunter. Da der Haushalt nicht nur das Haus umfaßt, sondern auch Hof, Garten und Stallungen dazu zu rechnen sind, gehören weiterhin die mit diesen Räumlichkeiten in Verbindung stehenden Personen, wie Chauffeur, Kutscher, Gärtner usw. hierher. Alle diese Personen büßen ihre Stellung als Besitzdiener nicht dadurch ein, daß sie außerhalb der dem Haushaltsvorstand unterstehenden Räume tätig sind. Es genügt, daß eine Sache nur zum Haushalt gehört. Wo sie sich befindet, ist gleichgültig. Denn die Worte „in dessen Haushalt" sind nicht räumlich zu verstehen. Dagegen wird sich das Besitzdienerverhältnis in der Regel nicht auf Dinge erstrecken, die der Dienstherr sich zur persönlichen Verfügung vorbehalten hat[1]).

Unter Erwerbsgeschäft ist nicht nur ein in bestimmten Räumlichkeiten auszuübendes kaufmännisches Gewerbe zu verstehen, sondern dieses erstreckt sich auf „jede regelmäßige auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, mag sie in dem Betrieb eines Handwerkes, eines industriellen Unternehmens, des Handels, der Landwirtschaft oder eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufes bestehen"[2]), mag sie in dem Geschäftslokale vorgenommen werden oder nicht. Daher sind nicht nur die hinter dem Ladentisch stehenden Handlungsgehilfen als Besitzdiener anzusehen, sondern der Kreis erstreckt sich auf alle kaufmännischen, gewerblichen, künstlerischen, wissenschaftlichen Gehilfen, auf alle Arbeiter im inneren oder äußeren Betriebe. Daß diese im Erwerbsgeschäft angestellt seien, ist nicht erforderlich. Es genügt ein ständiges oder gelegentliches Mithelfen[3]). Daher ist auch in den meisten Fällen die Ehefrau, die in dem Geschäfte ihres Mannes mitwirkt, Besitzdiener. An dieser Sachlage wird nichts geändert, wenn der Ehemann auf kurze Zeit verreist und die Geschäftsführung seiner Frau überläßt[4]). Verpfändet ein Fabrikant seine Fabrikate unter Uebergabe des Schlüssels zum Lagerraum und übergibt der Pfandgläubiger den Schlüssel dem Buchhalter des Fabrikanten,

1) Vgl. Planck, III, § 855, Anm. 2. KG. in OLG. Bd. II, S. 150.
2) Planck, III, § 855, Anm. 2.
3) Biermann, III, § 855, Anm. 2 a. RG. in RGZ. Bd. 71, S. 251.
4) RG. in RGZ. Bd. 51, S. 23.

so ist dieser nicht Besitzdiener seines Dienstherrn, sondern Besitzdiener des Pfandgläubigers[1]. Hieraus folgt, daß jemand Besitzdiener werden kann, auch wenn er bereits zu einer dritten Person in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Ebenso macht nichts aus, wenn jemand tätig wird als Besitzdiener eines Besitzdieners[2]).

Dem Haushalt und Erwerbsgeschäft stellt das Gesetz ähnliche Verhältnisse gleich, vermöge deren jemand den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Ein typischer Fall eines solchen Verhältnisses, das kraft öffentlichen Rechtes zur Entstehung kommt, ist die Stellung der Personen, die zu dem Staate in ein besonderes Gewaltverhältnis treten. So bleibt der Staat Besitzer aller Sachen, die den Beamten zur Erfüllung ihrer Aufgaben überlassen werden. Auf die soziale Stellung des Beamten kommt es dabei nicht an. Der Ausdruck „Diener" darf nicht zu der Annahme Anlaß geben, daß nur niedrig gestellte Personen unter den § 855 fallen können. Daher ist es nicht richtig, wenn man dem Postdirektor den Besitz an dem Postgebäude, dem Oberlandesgerichtspräsidenten den Besitz an dem Oberlandesgerichtsgebäude, dem kommandierenden Major den Besitz an der Kaserne, dem Bürgermeister den Besitz am Rathaus zusprechen will[3]). Alle diese Personen sind genau so gut Besitzdiener des Staates, wie der Subalternbeamte, und infolgedessen steht der Besitz sowohl an den öffentlichen Gebäuden, als auch an allen ihnen überlassenen Utensilien, wie Papier und Schreibmaterial, nur dem Staate zu[4]). Eine Ausnahme ist für öffentliche Beamte zu machen, denen als Teil des Einkommens die Nutzung von Wohnung und Acker eingeräumt ist. Sie sind hier als Besitzer anzusehen[5])".

Aehnlich wie der Beamte ist auch der Soldat zu behandeln, sowohl zu Wasser als auch zu Lande. Was er an Sachen in dienstlicher Funktion zwecks Ausübung erhält. gelangt nicht in seinen Besitz. Der Staat ist jederzeit berechtigt, die Herausgabe zu verlangen. Eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Sachen dahingehend machen zu wollen[6]), daß Besitzdienerschaft sich nur auf die Sachen erstrecke, die dem Soldaten dienstlich zu Trans-

---

1) RG. in RGZ. Bd. 66, S. 261.
2) Vgl. Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 47. Rhode, Studien XX, S. 58ff. Rosenberg, III, 1, § 855, II, 2e. Staudinger, III, 1, § 855, III, 6.
3) Kniep, Besitz S. 54, 55.
4) Leonhard, Vertretung S. 65.
5) Biermann, III, 855, Anm. 2a. Josef, in Arch. B. R. Bd. 15, S. 278. Matthiass, BR. § 145, IA.
6) Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 43.

port, Reinigung usw. übergeben worden sind, daß dagegen die Waffen, Munition und Uniform im unmittelbaren Besitz des Soldaten ständen, ist nicht angängig. In Ansehung von Bewaffnung und Ausrüstung liegt hier kein anderes Verhältnis vor, als wenn eine Herrschaft dem Diener die Livrée hält. In beiden Fällen ist die Besitzdienerschaft nicht zu leugnen. Eine treffende Zusammenfassung über diesen Personenkreis sei hier gebracht mit dem Bemerken, daß wir ihr in jedem Punkte beipflichten. „Was in öffentlichen Dienstgebäuden den dort angestellten Personen in die Hand gegeben wird und zur Verfügung steht, sei es zur Benutzung, sei es zur Aufsicht und Bewahrung, darüber üben sie die Macht doch nur im Namen von Staat, Gemeinde und Kirche und für dieselben aus, sodaß der Besitz lediglich der juristischen Person zugeschrieben werden kann, nicht den Beamten, die lediglich Besitzdiener bleiben. Man mache die Anwendung z. B. auf alle Inventarienstücke der Gerichts- und Verwaltungsgebäude, vom Hausmeister hinauf bis zum Vorstand und Präsidenten, in den Kasernen, Ställen und Remisen des Heeres, in den Schiffen, Werften der Marine, und man wird immer sagen müssen, daß alle dabei in Betracht kommenden Gegenstände im Besitze des Staates stehen, der in Ausübung der tatsächlichen Gewalt von allen denen vertreten wird, welche mit den Dingen zu tun haben. Nicht die Wachen besitzen die in den Arsenalen liegenden Vorräte, nicht der Soldat seine Waffen und Ausrüstungsstücke, nicht der Kassierer die unter seinem Verschluß befindlichen Kassen und was darin ist an Geld und Geldeswert“ [1]).

In der gleichen Lage wie der Beamte und der Soldat befindet sich nicht nur der Gefangene, sondern jede Person, die in einer öffentlichen Anstalt aufgenommen ist. Sie sind alle in Bezug auf die dem Staate gehörenden Sachen lediglich nur Besitzdiener.

Ueber die Stellung der Organe einer juristischen Person herrscht auch heute noch viel ungeschlichteter Streit. Das hängt vielfach mit den Meinungsverschiedenheiten über das Wesen der juristischen Person zusammen.

Eine Anzahl Juristen vertritt den Standpunkt, daß die Vorstände einer juristischen Person als Besitzer anzusehen seien. „Diese Personen haben innerhalb statutarischer und gesetzlicher

1) Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 66ff. Aehnlich: Leonhard, Vertretung, S. 64, 65. Staudinger, III, 1, § 855, Anm II, 3a. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II, 2c. Siméon, Recht I, 2, § 87, 2. Müller-Meikel, BR. I, § 204. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 67. Bartels in Gruch. Beitr., Bd. 42, S. 654. Biermann III, § 855, Anm. 2a. Kuhlenbeck I, § 855, Anm. 1. Planck, § 855, Anm. 2. Prot. III, S. 32.

Bestimmungen einen weiten Spielraum für das eigene Ermessen und demgemäß auch eine hieraus entspringende Verantwortung; sie haben gegenüber den Weisungen anderer Organe der betreffenden Korporation mindestens ein Prüfungsrecht hinsichtlich des formellen gesetzlichen Zustandekommens der ihnen übermittelten Anweisungen. Schon dieses Prüfungsrecht und die sich hieraus ergebende Folgerung, daß nicht jede Anweisung irgendwelcher Art, sondern nur innerhalb der Kompetenzen gehaltene Anordnungen anderer Organe für die umstehend genannten Personen bindend sind, weist darauf hin, daß man nicht ihre Stellung als Besitzdiener betrachten kann“ [1]), sondern daß sie als unmittelbare Besitzer zu behandeln sind und die Korporation den mittelbaren Besitz innehat.

Diese Lehrmeinung ist für unzutreffend zu erachten. Wie das Reichsgericht[2]) ausgeführt hat, ist für die Annahme eines zur Erlangung des mittelbaren Besitzes im Sinne des § 868 geeigneten, ähnlichen Verhältnisses erforderlich, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder ein infolge eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des unmittelbaren Besitzers begründet ist. Die Schaffung eines derartig konkret bestimmten Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Vorstand zum Besitz der Sachen der juristischen Person berechtigt und verpflichtet ist, ist zwar nicht unmöglich, aber nicht die Regel. Der Vorstand hat die Verwaltungspflicht kraft seines Amtes, nicht infolge eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses. Es kommt hinzu, daß das zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer bestehende Rechtsverhältnis den ersteren nur auf Zeit nach § 868 berechtigen und verpflichten darf; Kniep[3]) ist aber darin beizutreten, daß der Vorstand nicht ein „Zeit-“, sondern ein „Dauerbesitzer“ ist[4]).

Unschädlich aber nicht richtig ist die Ansicht, daß die Vertreter einer juristischen Person Besitzdiener seien[5]), da sie dem Verkehr erkennbar nicht für sich besitzen und den Anweisungen anderer Gesellschaftsorgane Folge zu leisten haben. Wie oben

---

1) Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 142, 143, ähnlich Barthels in Gruch. Beitr., Bd, 42, S. 668. Leonhard, Vertretung S. 63.
2) RG. in Das Recht 1901, S. 617.
3) Kniep, Besitz, S. 53.
4) So KG. in OLG., Bd. V, S. 149.
5) Buhl, Recht der beweglichen Sachen, § 4, S. 22. Dernburg, BR. III, § 14, S. 58. Cosack, BR. II, § 185, VI, 2d. Cosmann, Besitzdiener, S. 28. Jsay, Geschäftsführung, S. 282. Maenner, Recht der Grundst. § 14, Anm. 7. Przibilla, in Jher. Jahrb., Bd. 50, S. 360ff. Rohde, Studien, XX, S. 36. Sokolowski, Besitz II, S. 242.

ausgeführt worden ist, ist das die Besitzdienerschaft ausmachende Verhältnis, kraft dessen der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen eines anderen stattzugeben hat, ein Verhältnis der Unterordnung und Abhängigkeit. Die juristische Person steht aber zu ihrem Vorstande nicht wie der Herr zum Diener, der nur auf ihre Anweisung zu handeln hat. Die Organe weisen selbst derartig an, daß ihre Weisungen der juristischen Person als eigene Weisungen angerechnet werden [1]). Daher sind sie auch keine Besitzdiener.

Aus den eben dargelegten Gesichtspunkten ist auch die Meinung [2]) abzulehnen, daß der Vorstand sowohl Besitzdiener als auch unmittelbarer Besitzer sein könne. Beizutreten ist dagegen der Auffassung [3]), daß der Vorstand überhaupt nicht Besitzer der Sachen und ebensowenig Besitzdiener ist, daß vielmehr lediglich der Korporation Besitz an den Sachen zukommt, die der Vorsitzende in seinen Händen hat. Bekanntlich gebraucht das BGB. den Ausdruck „Besitz" in einem doppelten Sinne [4]). Entweder bezeichnet er die possessorisch geschützte tatsächliche Gewaltausübung oder das durch einen solchen Tatbestand geschaffene Rechtsverhältnis. Da nach der oben ausgeführten und herrschenden Ansicht ein Besitzwille zur Begründung des Besitzes nach dem BGB. nicht mehr erforderlich ist, so kann jeder Rechtsfähige, wenn auch Willensunfähige, mithin die juristische Person im zweiten Sinne des Wortes Besitzer sein. Es fragt sich nur, ob die juristische Person auch Besitz in seiner ersten Bedeutung haben, ob sie die tatsächliche Gewalt ausüben kann. Das ist m. E. zu bejahen [5]). Ihr gesetzlicher Vertreter ist ihr nicht als unmittelbarer Besitzer nebengeordnet, er ist nicht von ihr zu trennen; er ist die juristische Person selbst. In ihm konzentrieren sich sämtliche Lebensäußerungen der juristischen Person, sie handelt durch ihn und in ihm; und durch ihn übt sie auch die tatsächliche Gewalt über die Sachen aus, die sich in den Händen des Vorsitzenden be-

---

1) Staudinger, III, 1, § 854, Anm. IV, 3b. Wolff, Sachenrecht III, § 5 I, Anm. 1. KG. in OLG., Bd. 5, S. 149.

2) Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 16.

3) Förtsch, in Gruch. Beitr. Bd. 43, S. 545. O. Gierke, III, § 114, Anm. 31. Windscheid-Kipp, §§ 148—155, I, 1 g. Endemann, BR. II, 1, § 38, Anm. 12. Planck III, § 854, Anm. 3. Biermann, III, § 868, 4. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. IV, 2. Wolff, III, § 5, I, Anm. 1. Staudinger, III, 1, § 854, Anm. IV, 3b. Meisner, Sachenrecht, §§ 854—856, Anm. 7. RGRK. III, § 854, Anm. 5. Ullmann, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 92, S. 315, 316. RG. in RGZ., Bd. 44, S. 303. KG. in OLG. Bd. V, S. 148.

4) Strohal, in Jher. Jahrb,, Bd. 38, S. 1, Anm. 1.

5) Vgl. Förtsch, in Gruch. Beitr., Bd. 43, S. 545. KG. in OLG., Bd. 5, S. 150.

finden. Hieraus folgt, daß nicht dieser, sondern allein die von ihm repräsentierte juristische Person Besitzerin ist.

Die soeben dargelegten Meinungsverschiedenheiten über die Organe einer juristischen Person greifen über diese hinaus und tauchen bei der Stellung des Gerichtsvollziehers, Vormundes, Pflegers, Testamentvollstreckers, Konkurs-, Nachlaßverwalters und ähnlicher Personen wieder auf.

Nach einer Ansicht sind alle diese Personen nur Besitzdiener, ausgehend von folgender Erwägung. „Wäre der Vormund Besitzer des Mündelgutes, so würde ihm der Besitz auch dann verbleiben, wenn er sein Amt niederlegt oder abgesetzt wird, und wenn er stirbt, würde sein Besitz auf seine Erben übergehen; der neue Vormund dürfte also das Mündelgut nicht eigenmächtig in Besitz nehmen, sondern müßte im Streitfall den alten Vormund oder dessen Erben auf Herausgabe verklagen“ [1]). Gegen diese Meinung spricht, daß nach § 2205 der Testamentsvollstrecker, nach § 117 KO. der Konkursverwalter berechtigt ist, den Nachlaß bezw. die Konkursmasse in „Besitz“ zu nehmen. Diese Vorschriften als Redaktionsfehler hinstellen zu wollen [1]), ist nicht angängig. Auch kommen diese Personen als Besitzdiener schon deshalb nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen nicht gegeben sind, die zur Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses vorliegen müssen. Wer wollte wohl behaupten, daß der Vormund oder Pfleger zu den Personen, deren Vermögen sie verwalten, in einem Verhältnis stehen, kraft dessen sie den sich auf die Sache beziehenden Weisungen jener Personen Folge zu leisten haben? In der Regel wird gerade das Gegenteil anzunehmen sein. Das Kind wird in einem Unterordnungsverhältnis zum Vormunde stehen; es wird häufig Besitzdiener der ihm zum Spiel oder zur Arbeit überlassenen Sachen sein [2]). Dagegen wird der Vormund den unmittelbaren Besitz für sich in Anspruch nehmen dürfen.

Was für den Vormund gilt, ist in gleicher Weise auf die anderen Personen, den Testamentsvollstrecker, Gerichtsvollzieher, die gerichtlich bestellten Verwalter auszudehnen. Soweit alle diese Personen die tatsächliche Gewalt ausüben, sind sie nicht Besitzdiener, sondern unmittelbare Besitzer. Es fehlt bei ihnen das die Besitzdienerschaft charakterisierende Abhängigkeitsverhältnis. Sie

---

1) Cosack, BR. II, § 185, VI, 2d. ähnlich Strohal in Jher. Jahrb., Bd. 29, S. 362, Anm. 26, Bd. 38, S. 16 für Vormund und Pfleger.

2) Wolff, Sachenrecht, § 6, III, 4. v. Thur, Allgemeiner Teil, II, 1, § 59, Anm. 182.

stehen vielmehr im Rang der unmittelbaren Besitzer des § 868 BGB. [1]).

Wenn dieser Paragraph im Gegensatz zu § 855 ein Verhältnis fordert, vermöge dessen jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so könnte es scheinen, daß ein Beauftragter kein Besitzdiener sein kann [2]). Diesem Irrtum kann man entgehen, wenn man sich die Stellung eines Dienstmannes vor Augen hält. Komme ich auf einem Bahnhof an und beauftrage einen Dienstmann, mein Gepäck zu tragen, so ist er mein Besitzdiener. Er ist mir unterstellt und hat meine Weisung in Bezug auf die Sache auszuführen; ich bin in der Lage, ihm jederzeit die Sache abzunehmen, ohne verbotene Eigenmacht zu begehen. Diese Einschätzung des Dienstmannes entspricht durchaus der im § 855 liegenden ratio und trägt den verschiedenen Lebensinteressen Rechnung. Nicht aber ist anzunehmen, daß dem Dienstmann Besitz zugesprochen werden müsse, damit er zur Zurückbehaltung berechtigt sei, wenn ihm seine Auslagen oder Lohnansprüche nicht bezahlt werden [3]). Auch ist dem Umstand keine Bedeutung zuzumessen, ob ich neben dem Dienstmann hergehe oder mich eine Strecke von ihm entferne oder ihn das Gepäck allein zum Bahnhof tragen lasse [4]). Wie oben bereits ausgeführt wurde, spielt die räumliche Entfernung für die Besitzdienerschaft keine Rolle. Daher ist auch hier nicht erforderlich, daß ich mich in einer bestimmten Nähe zum Besitzdiener befinde. Dieser ist auf jeden Fall für mich als Dienstbefliessener tätig und fällt daher unter den § 855 [5]).

Zum Schlusse dieses Abschnitts seien noch andere ähnliche Fälle gebracht, die man kurz unter dem Gesamtbegriffe der „momentanen Detention“ [6]) zur Erörterung stellen kann. Gemeint sind hier die zahlreichen Gelegenheiten des täglichen Lebens, bei denen jemand einem anderen Sachen auf ganz kurze Zeit unter seinen Augen und unmittelbarer Aufsicht überläßt. Einige

1) Biermann, III, § 868, 4. Wendt, in Arch. Ziv. Prax. B. 87, S. 61. Leonhard, Vertretung, S. 62. Neumann, Handausg. I, § 868, Anm. 3b. Staudinger, III, 1, § 854, Anm. 4, 3a. Windscheid-Kipp, §§ 148—155, Anm. II, 1b. Planck, III, § 854, Anm. 5. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 142. Dernburg, Bürgerl. Recht, III, § 14, S. 57, 6. Ullmann, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 92, S. 314, 15. Wolff, Sachenrecht, § 8, I. 1c. Jaeger, KO., § 17, Anm. 7.

2) RG. in RGZ., Bd. 66, S. 258 ff., Bd. 71, S. 248 ff.

3) Leonhard, Vertretung, S. 64.

4) Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 68.

5) RGRK. § 855, Anm. 5 Endemann, BR. II, 1, § 33, S. 171. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 144. Eck-Leonhard, § 1, S. 10 Rotering, in Arch. BR., Bd. 27, S. 68. Kuhlenbeck, I, § 855, Anm. 1. Staudinger III, 1, § 855, Anm. II, 3a. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II, 2c.

6) Jhering, Besitzwille, S. 512 ff.

Beispiele mögen zeigen, um was es sich handelt. Jemand leiht im Theater seinem Nachbarn auf einige Augenblicke das Opernglas, im Zuge dem Mitreisenden das Kursbuch, stellt seinem Gast Messer und Gabel zur Verfügung. Ein Restaurantgast benutzt das Geschirr des Wirtes, nimmt eine ausliegende Zeitung in die Hand, spielt auf dem gegen Stundengeld zu benutzenden Billard. Der Besucher eines öffentlichen Gartens läßt sich auf einige Minuten auf einer der aufgestellten Bänke nieder. Jemand hebt die auf den Boden gefallene Sache eines andern auf. Es handelt sich um Fälle, die sich täglich mehrfach zutragen, deren juristische Lösung aber zu vielen Meinungsverschiedenheiten geführt hat, da das BGB. seine Stellungnahme dazu nicht ausdrücklich ausgesprochen hat.

Eine Reihe von Autoren[1]) glaubt eine Unterscheidung machen zu müssen und zwar soll ein Merkmal hierfür sein, ob eine Sache entgeltlich oder unentgeltlich einem anderen überlassen werde. Im ersteren Falle müsse man für den anderen Besitzschutz fordern, ihn also zum Besitzer erheben; im zweiten Falle sei dagegen ein Schutz nicht erforderlich, diese Personen befänden sich daher in Besitzdienerstellung.

Gegen diese Scheidung in entgeltliche Ueberlassung mit Besitzschutz des Detentors und unentgeltliche Ueberlassung mit Schutzlosigkeit wendet sich eine andere Meinung[2]) und verlangt für beide Klassen Schutzlosigkeit, da es sich in beiden Fällen um Besitzdiener handle.

Eine dritte Ansicht[3]) geht von dem Gedanken aus, daß der momentane Detentor kein Besitzer sei, weil dem anderen die tatsächliche Gewalt nach der Anschauung des Lebens nicht verloren gehe, sondern er die Sache nach wie vor ausschließlich zu seiner Verfügung habe; Besitzdienerschaft könne nicht angenommen werden, da es an einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis fehle.

Dieser letzten Ansicht halten wir entgegen, daß sie zwar im Ergebnis den praktischen Bedürfnissen gerecht wird, wenn sie

---

1) Jhering, Besitzwille, S. 514 ff. Aehnlich Staudinger, III, 1, § 855, Anm. II, 3a, b.

2) Endemann, Bürgerl. R. II, 1, § 33, Anm. 14. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 12. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 144. Kuhlenbeck, I, § 855, Anm. 1. Crome, Syst. III, § 344, Anm. 29. Kress, Besitz und Recht, S. 166. Eck-Leonhard, BGB. II, § 1, S. 9. Kniep, Besitz, S. 36. Cosmann, Besitzdiener, S. 60. Im Ergebnis gleich Last in Jher. Jahrb., Bd. 63, S. 116.

3) Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Goldmann-Lilienthal, BGB. II, § 1, Anm. 9. Kohler in Arch. Bürg. R., Bd. 18, S. 82. Leonhard, Vertretung, S. 65. Bruns, Besitzerwerb, S. 144. Windscheid-Kipp, Pandekten I, S. 786. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. IV, 1.

dem Herrn, dem ich im Zuge das Kursbuch leihe, den Besitz abspricht, daß sie aber ihre Aufgabe insofern schlecht erfüllt, als sie die rechtliche Beziehung zwischen mir und der anderen Person unerörtert läßt. Indem sie einfach nur feststellt, daß Besitzdienerschaft nicht die Fälle der momentanen Detention umfasse, bleibt sie uns schuldig, das Verhältnis juristisch zu bestimmen. Ohne große Schwierigkeiten und Konstruktionsgewandheit läßt sich dieses als ein Verhältnis im Sinne des § 855 festlegen. Wie wir oben gesehen haben, ist der Sinn der Worte „für einen anderen" nicht dahin auszulegen, daß der Besitzdiener sich in jedem Falle entschließen muß, für den Besitzherrn zu handeln. Das Gesetz will durch seine Fassung nur bekunden, daß der Besitzdiener nicht eine ihm zustehende, sondern die Gewalt eines anderen ausübt. Daher kann auch der momentane Detentor Besitzdiener sein, obgleich er zweifellos die tatsächliche Gewalt für sich ausübt. Maßgebend ist nur, daß er in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem andern tritt. Es wurde schon oben erwähnt, daß jemand Besitzdiener sein kann, wenn er auch nur auf kurze Zeit meinen Weisungen Folge zu leisten hat. Ein dauerndes Verhältnis erfordert der § 855 nicht. Daher kann sich auch eine Abhängigkeit dadurch herbeiführen lassen, daß jemandem nur ganz vorübergehend, innerhalb bestimmter Schranken und nur unter den Augen unter der Aufsicht eines zur Wahrung der von ihm gezogenen Schranken jederzeit befugten Besitzherrn gestattet ist[1]). Dies ist der Fall bei der sogenannten momentanen Detention. Sie erzeugt keine vertraglichen Verpflichtungen, sondern stellt lediglich einen juristisch bedeutungslosen, ein beliebiges Widerrufsrecht in sich schließenden Gefälligkeitsakt des geselligen Lebens dar[2]). Die Abhängigkeit ergibt sich aus der ganz vorübergehenden und beschränkten Einräumung der tatsächlichen Gewalt. Ob die Sache entgeltlich oder unentgeltlich jemandem überlassen wird, ist für die Stellung des Besitzdieners nicht von einschlägiger Bedeutung. Daher erwirbt keinen Besitz an Messer und Gabel, wer in einem fremden Hause ißt, und es kann, wie Planck[3]) im Gegensatz zu der in früheren Auflagen vertretenen Auffassung anerkennt, dabei keinen Unterschied machen, ob es sich um einen freundschaftlichen Besuch handelt oder um den Gast im Wirtshaus. Denn der Umstand, daß die Benutzung des Geschirrs gegen Entgelt erfolgt, übt weder auf das Aufsichtsrecht des Wirtes noch auf die Abhängigkeit des Gastes irgend einen

1) Strohal, in Jherings Jahrb., Bd. 38, S. 12.
2) Jhering, Besitzwille, S. 517.
3) Planck, III, § 855, Anm. 2.

Einfluß aus. Immer bleibt der Besitz in den Händen des Gastgebers bezw. des Gastwirtes. Die anderen Personen sind nur Besitzdiener. Damit entgeht man auch der schwierigen Aufgabe, zu sagen, wo ein Besitz des Gastes aufhört, bei Teller und Messer oder erst bei Tisch und Stuhl, bei der Lampe, die ihm leuchtet usw. [1]).

Gleiche Behandlung wie die Gasthausbesucher verdienen auch die Logiergäste [2]). Sie können für die ihnen überlassenen Gegenstände keinen Besitzschutz beanspruchen. Dieser verbleibt vielmehr dem Hotelwirt als Besitzer.

Nach den bisherigen Ausführungen über die momentane Detention halten wir als Ergebnis folgendes fest: Der Vorwurf, der dem Gesetz dahingehend gemacht wird, daß der § 855 die Fälle der kurzen Gebrauchsüberlassung nicht mitumfasse, ist unberechtigt. Wie oben gezeigt worden ist, lassen sich auch bei ihnen ohne große Schwierigkeiten die Erfordernisse für das Vorhandensein der Besitzdienerschaft nachweisen. Wir brauchen daher, um den praktischen Bedürfnissen Rechnung zu tragen, indem wir dem momentanen Detentor den Besitz absprechen, nicht einen Ausweg zu suchen und sowohl das Besitz- als auch das Besitzdienerverhältnis zu leugnen. Mit Hilfe des § 855 kommen wir dem Ziele am nächsten und ersparen uns den Vorwurf, das Verhältnis zwischen den in Frage kommenden Personen unerörtert gelassen zu haben. Das Gesetz steht uns nicht nur im Wege, sondern wir handeln durchaus in seinem Sinne, wenn wir in allen Fällen der momentanen Detention den Besitz nur dem Besitzherrn zusprechen und den anderen als Besitzdiener behandeln. Der Vorwurf [3]), der hiergegen geltend gemacht wird durch die Feststellung, daß das Besitzinstitut sehr gebrechlich wäre, wenn es nur durch die unnatürliche Annahme aufrechterhalten werden könne, daß eine solche gar nicht im Dienst stehende Persönlichkeit, die momentan an die Sache herantrete, Besitzdiener wäre, ist nicht berechtigt.

---

1) Planck, III, § 855, Anm. 2.
2) Bruck, in Arch. Bürg. R., Bd. 27, S. 116. Eck-Leonhard, BGB. II, § 1, S. 9. Kniep, Besitz. S. 36.
3) Kohler, in Arch. Bürg. R., Bd. 18, S. 82.

2. Abschnitt.

Rechtsstellung des Besitzdieners.

§ 3 Stellung des Besitzdieners zu seinem Herrn.

Das Gesetz spricht im § 855 dem Besitzdiener den Besitz ab, indem es bestimmt, daß bei Vorliegen eines die Besitzdienerschaft begründenden Abhängigkeitsverhältnisses nur der andere (Besitzherr) Besitzer sei. Infolgedessen ist die Rechtsstellung des Besitzdieners auch eine ganz andere als die eines Besitzers. Um diesen Unterschied deutlich erkennen zu können, ist es angebracht, den § 868 als Richtlinie heranzuziehen. Ein verwandtschaftlicher Zug läßt sich in beiden Paragraphen deutlich feststellen. Jedoch würde man zu weit gehen, wollte man die Ansicht[1]) als richtig anerkennen, daß die beiden Paragraphen sich zum Teil auf gleiche Personengruppen bezögen, die nach § 855 als bloße Besitzdiener ohne Besitzrecht, nach § 868 als unmittelbare Besitzer mit eigenem Besitzrecht angesehen werden könnten[2]). Wenn sich auch bei den Besitzmittlern die Abhängigkeit von einem Dritten nicht leugnen läßt und insofern die Stellung des Besitzmittlers der des Besitzdieners ähnelt, so besteht doch ein wesentlicher Unterschied in der Form der Abhängigkeit. Der Besitzdiener ist den Anweisungen des Besitzherrn unmittelbar unterworfen. Er muß unter Umständen verschiedenartigen Weisungen folgen und setzt sich bei Ungehorsam dem sofortigen Eingriffe des Besitzherrn aus. Im Gegensatz hierzu bestimmt sich die Gehorsamspflicht des Besitzmittlers nach einem genau bestimmten Rechtsverhältnis, innerhalb dessen Rahmen er den Weisungen des mittelbaren Besitzers nur nachzukommen hat[3]).

Da der Besitzdiener nicht Besitzer ist, ist der Besitzherr jederzeit berechtigt, dem Besitzdiener die Ausübung der tatsächlichen Gewalt zu entziehen oder zu beschränken. Ein Widerstandsrecht steht dem Besitzdiener nicht zu. Seine Herausgabeverweigerung

1) Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 9ff. und 42ff.
2) Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 64, 66. Cosmann, Besitzdiener, S. 32.
3) Biermann, III, § 855, Anm. 2a. Kuhlenbeck, BGB. I, § 855, Anm. 1. Staudinger, III, 1, § 868, VI, 2. Wendt, Arch. Ziv. Prax. 87 S. 67ff.

stellt sich als verbotene Eigenmacht dar. Nur in den Fällen, wo sich das Verlangen des Besitzherrn als eine Rechtsausübung erweist, die nur den Zweck hat, dem Besitzdiener Schaden zuzufügen, braucht er dem Ersuchen seines Herrn nicht nachzukommen. Er kann sogar in diesem Falle einen gewaltsamen Eingriff seines Herrn abwehren, da dessen Handlung gemäß der Rechtsfolge aus § 226 sich als eine rechtswidrige charakterisiert und hiergegen die Notwehr aus § 227 statthaft ist[1]).

Sonst ist der Besitzdiener aber verpflichtet, auf Wunsch seines Herrn diesem die Sache bedingungslos herauszugeben. Ein zivilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere ein Retentionsrecht aus § 273 steht ihm grundsätzlich nicht zu. Hat aber der Besitzdiener einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf die Sache oder wegen eines ihm durch die Sache verursachten Schadens (§ 273, Abs. 2), dann ist ihm das Zurückbehaltungsrecht nicht zu versagen. Mit der Geltendmachung desselben tritt er aus seiner Stellung als Besitzdiener heraus und wird zum Besitzer[2]).

Streit herrscht über die Frage, ob der Besitzherr berechtigt ist, nach Belieben seinen Diener aus der ihm eingeräumten Wohnung zu entsetzen. Wenn z. B. einem Diener eine Kammer eingeräumt und ihm auch der Schlüssel übergeben worden ist, die Herrschaft nun aber anders über den Raum verfügen will, kann diese den Diener dann eigenmächtig aus dem Zimmer heraussetzen? Von einer Seite[3]) wird aus § 855 die Folge abgeleitet, daß je nach der Beschaffenheit des Verhältnisses der Hausherr seinen Portier, auch wenn er ihm eine besondere Portierstube eingeräumt hat, sowie der Gutsbesitzer seinen Gärtner aus der Gärtnerwohnung eigenmächtig ausweisen darf. Dem ist entgegen zu halten, daß diese Frage sich nicht nur nach § 855 entscheiden läßt, sondern daß auch noch andere Umstände hier Berücksichtigung finden müssen. So wird mit Recht hervorgehoben[4]), daß der Haus- oder Gutseigentümer, der jemanden als Pförtner oder Gärtner anstellt und ihm als Vergütung u. a. freie Wohnung gewährt, sich zwar nicht, wie beim Vorliegen eines wirklichen Mietvertrages, jeder Einwirkung auf die Wohnung begebe, aber immerhin diesen Angestellten, die regelmäßig einen eigenen Hausstand hätten, abgesonderte Wohnräume zur ausschließlichen Benutzung einräume, an denen sie richtigen Besitz hätten. Hieraus ist der richtige Gedanke zu entnehmen, daß bei Einräumung von Wohnungen nicht

---

1) Wolff, Sachenrecht, § 6, I,
2) Biermann III, § 855, Anm. 3. Neumann, Handausg. I, § 855, Anm. 2f. Staudinger, III, 1, § 855, II, 7b.
3) Dernburg, BR. III, § 23, Anm. 11.
4) Josef, in Das Recht, 1904, S. 499.

durchweg der § 855 maßgebend ist und alle Personen ohne weiteres zur Räumung verpflichtet sind, sondern daß ein Unterschied darin liegt, ob die Wohnung als teilweises Entgelt für die Dienstleistungen gestellt wird oder nicht. Im ersteren Falle haben die Besitzdiener eine etwas freiere Stellung. Sie sind auf beliebiges Verlangen des Dienstherrn nicht zur Räumung der Wohnung verpflichtet, gegebenenfalls ist ihnen auch die Besitzentziehungsklage nicht zu versagen [1]).

Im Gegensatz hierzu gibt die Stellung des Besitzmittlers zu Zweifeln keinen Anlaß. Er übt den Besitz im eigenen Namen und aus eigenem Rechte aus. Ein unmittelbares Eingriffsrecht steht dem mittelbaren Besitzer nicht zu. Dies würde mit dem zwischen ihm und dem Besitzmittler abgeschlossenen Rechtsverhältnis im Widerspruch stehen, das Handeln des mittelbaren Besitzers wäre verbotene Eigenmacht; der Besitzmittler könnte mit der Klage aus § 861 Wiedereinräumung des Besitzes verlangen.

Dieses Klagerecht steht dem Besitzdiener gegen seinen Herrn nicht zu. Er entbehrt völlig des possessorischen Schutzes gegenüber dem Herrn [2]). Dagegen kann der Besitzherr mit der Besitzklage oder Selbsthilfe gegen den Besitzdiener vorgehen, wenn dieser seinen auf die Sache bezüglichen Weisungen nicht Folge leistet.

Das ihm durch § 860 eingeräumte Selbsthilferecht darf der Besitzdiener nicht gegen seinen Herrn gebrauchen, da er ja nur zur Ausübung des dem Besitzherrn zustehenden Selbsthilferechts befugt ist, mithin nur als dessen Vertreter tätig werden kann [3]).

Sehr wichtig für die Stellung des Besitzdieners zu seinem Herrn ist der Umstand, daß der Besitzdiener als „Stellvertreter im Besitz“ dem Besitzherrn unmittelbaren Besitz verschaffen kann.

Im Bereiche des Bürgerlichen Gesetzbuches ist das Problem der Stellvertretung beim Besitzerwerb strittig. Es läßt sich mit Recht die Frage aufwerfen, ob man heute überhaupt noch von Stellvertretung beim Besitzerwerb sprechen kann? Im römischen Recht galt, soweit es auf den zu erwerbenden Besitz ankam, nach

---

1) Staudinger, III, 1, § 855, Anm. 7c. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. III, 2. Stolz, Besitzdiener, S. 54.

2) Baron, in Jher. Jahrb., Bd. 30, S. 219. Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 42. Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 141. Neumann, Handausg. I, § 855, Anm. 2b. Planck, III, § 855, Anm. 3. Wendt, Arch. Ziv. Prax., 87, S. 42.

3) Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34 S. 42. Biermann, III, § 860. Dernburg, BR. III, § 23, S. 83. Goldmann-Lilienthal, BGB, II, § 5, Anm. 6. Kniep, Besitz, S. 248. Neumann, Handausg. I, § 860, Anm. 2. Staudinger III, 1, § 860, Anm. 1a. Rosenberg, III, 1, § 855, Anm. II. Wendt, in Arch. Ziv. Prax., 87, S. 42. RG. in RGZ., Bd. 97. S. 167.

herrschender Lehre[1]) der Satz: possessionem adquirimus et animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno. Das römische Recht erforderte also im Gegensatz zum heutigen Recht zur Besitzerlangung neben dem äußeren Moment (corpus) noch ein bestimmtes inneres Willensmoment (animus). Infolge dieses Willensmomentes kannten die Römer auch eine Stellvertretung beim Besitzerwerb.

Nach heutigem Recht wird der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben (§ 854). Eines animus als unmittelbaren Erfordernisses des Besitzerwerbs bedarf es danach heute nicht mehr. Da das BGB. auch kein Besitzen im fremden Namen mehr kennt, sieht die Stellvertretung, soweit man überhaupt noch davon sprechen kann, heute ganz anders aus.

Bestimmungen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter haben ausdrücklich im BGB. keine Aufnahme gefunden. Die Vorschrift des EI. § 801, daß auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäft entsprechende Anwendung finden sollen, ist in das BGB. nicht aufgenommen worden. Eine analoge Anwendung der allgemeinen Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb ist nicht zulässig, denn die auf die Besitzübertragung gerichteten Handlungen der Parteien haben nicht den Charakter von Rechtsgeschäften[2]). Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung wird von Seiten des Gesetzgebers nicht als Tatbestandsmerkmal des Besitzerwerbs aufgestellt; der Erfolg der Besitzbegründung tritt nicht, weil er von den Parteien gewollt, sondern auf Grund des Gesetzes ein[3]). Die Frage spitzt sich dahin zu, ob man heute überhaupt noch von Stellvertretung beim Besitzerwerb sprechen kann. Eine Stellvertretung, wie wir sie bei obligatorischen Verträgen kennen, gibt es beim Besitzerwerb nicht. In diesem eigentlichen Sinne darf der Ausdruck „Stellvertretung" nicht verwendet werden. Es fragt sich nur, ob man den Begriff nicht weiter fassen und es auf den Erfolg abstellen kann. Wenn man unter „Stellvertretung" versteht, daß durch die Tätigkeit eines anderen bei dem durch ihn Vertretenen direkte Wirkungen eintreten, so gibt es auch im heutigen Recht noch eine „Vertretung beim Besitzer-

---

1) Vgl. Last in Jher. Jahrb., Bd. 62, S. 23. Windscheid-Kipp, Pandektenrecht I, § 155, I, Anm. 3. Paul; sentent. V, 2, § 1.

2) A. A. Kohler, in Arch. Bürg. R., Bd. 18, S. 79. Für Analogie Kniep, Besitz, S. 293. Leonhard, Vertretung, S. 53 ff.

3) Bruns, Besitzerwerb, S. 78. Cosack, B.R. § 186, VI, 2. Kaemmerer, Kl. Schr. XLVII,, 2, S. 16. Manigk, Willenserkl. S. 656. Planck, III, § 854, Anm. 4. Rosenberg III, 1, § 854, Anm. V. Staudinger, I, Vorbem. 9 zu § 164. Warneyer, II, § 854, Anm. 4. Wolff, Sachenrecht, § 10, IV.

werb". Man muß sich dann aber immer vor Augen halten, daß man es hier nicht mit dem Grundsatz der freien Stellvertretung zu tun hat und daß man nicht sofort aus einer bloßen Bezeichnung die ganze rechtliche Behandlung ableiten darf. In diesem Sinne wird auch heute noch von „Besitzerwerb durch Stellvertreter" gesprochen [1]). Eine rechtliche Grundlage, auf der heute noch das Problem der Stellvertretung errichtet werden darf, bietet der § 855. Durch die tatsächliche Handlung des einen für den anderen erwirbt dieser den unmittelbaren Besitz. Diese Befugnis des Besitzdieners ist aber weder in § 855 noch sonst im Gesetze erwähnt. Der § 855 spricht lediglich davon, daß jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen ausübt. In den Protokollen der zweiten Kommission [2]) ist aber verzeichnet, daß ein Dienstbote, der für die Herrschaft Einkäufe in einem Laden macht, dadurch für sie als Besitzdiener den Besitz erwirbt. Auch ist es in Rechtslehre und Rechtsprechung so gut wie unbestritten, daß § 855 seiner Fassung nach nicht im Einklang steht mit dem Gedanken, daß das Gesetz nur die Voraussetzungen des Besitzerwerbs zu bestimmen habe, indem es festsetzt, wer unter gewissen Voraussetzungen Besitzer ist und daß der Besitzdiener dem Besitzherrn unmittelbaren Besitz erwerben kann [3]). Erforderlich ist nur, daß der Besitzdiener innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt. Dann wird der Besitzherr unmittelbarer Besitzer. Daß der Besitzdiener den Willen haben muß, für den Besitzherrn zu handeln, ist, wie wir oben schon erwähnt haben, nicht erforderlich. Auch tritt der Umstand, daß der Besitzherr vielleicht von dem Erwerbe nichts weiß, dem Besitzerwerb hindernd nicht entgegen, denn das Gesetz bietet keine Anhaltspunkte dafür, daß es hierbei auf näheres Wissen oder Kunde des Besitzherrn ankäme [4]).

Was soeben über den Besitzerwerb durch Stellvertreter ausgeführt worden ist, gilt entsprechend auch für den Besitzverlust. Der Besitzdiener kann einmal dadurch Besitzer werden, daß er

---

1) Vgl. Bruns, Besitzerwerb, S. 88. Cosack, BR. II, § 186, VI, 2. Kaemmerer, Kl. Schr. XLVII, 2, S. 190. Regelsberger, in Jher. Jahrb., Bd. 44, S. 393 ff. RGRK. III, § 854, Anm. 5. Staudinger I, Vorbem. 9 zu § 164. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 70.

2) Prot. III, S. 32.

3) Vgl. Planck III, § 855, Anm. 2. Last in Jher. Jahrb., Bd. 63, S. 120. Kretzschmar, Sachenrecht, § 855, Anm. 1. Neumann, Handausg. I, § 854, Anm. 4. Biermann III, § 855, Anm. 4a. Warneyer, II, § 854, Anm. IV. Rosenberg III, 1, § 855, Anm. V.

4) Vgl. Rosenberg III, 1, § 855, Anm. V, 3. Maenner, Sachenrecht, § 17, S. 131. Sokolowski, Besitz, S. 320. Staudinger III, 1, § 854, Anm. IV. 1. RG. in RGSt., Bd. 39, S. 179 ff.

seinem Herrn den Besitz entzieht. Diese Besitzentziehung geht aber noch nicht dadurch vor sich, daß er innerlich den Willen faßt oder die Erklärung abgibt, von jetzt ab die ihm übergebenen Sachen selbst zu besitzen. Auch eine nur vorübergehende Benutzung der Sachen durch den Besitzdiener im eigenen Interesse läßt den Besitzverlust nicht eintreten[1]). Es ist vielmehr erforderlich, daß er seinen Willen in die Tat umsetzt und durch eine äusserlich erkennbare Handlung die Besitzbeendigung des Herrn herbeiführt; z. B. dadurch, daß er einen Gegenstand heimlich beiseite schafft. Liegt das vor, dann büßt der Herr seinen Besitz ein, obgleich der Besitzdiener rechtswidrig und gegen den Willen des Besitsherrn gehandelt hat[2]). Noch auf einem zweiten Wege kann der Besitzherr seinen Besitz verlieren. Solange das Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und dem Besitzdiener besteht, hat er den Besitz inne. Wird dieses aber von einer Seite aufgehoben, so tritt eine Besitzverschiebung ein. Der Besitzdiener wird zum Besitzer, da die Voraussetzungen, die ihn in seine Stellung als Besitzdiener zurückdrängten, jetzt nicht mehr gegeben sind[3]). Dagegen treten diese Wirkungen nicht ein, wenn der Besitzdiener stirbt oder geschäftsunfähig wird, da hierdurch der Besitzer regelmäßig in die Lage versetzt wird, die Gewalt selber auszuüben[4]). Geht eine Besitzverschiebung ohne Willen des Besitzherrn vor sich, dann besitzt der Besitzdiener fehlerhaft, da er seinen Besitz durch verbotene Eigenmacht erlangt hat. Verbotene Eigenmacht liegt immer dann vor, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz verliert, ohne seinen Willen und ohne daß das Gesetz die Entziehung gestattet. Da der Besitzherr alleiniger Besitzer ist, kommt für die Frage, ob der Besitzverlust unfreiwillig war, nur sein Wille, nicht der des Besitzdieners in Betracht[5])

Streit herrscht über die Frage, auf Grund welcher Vorschrift eine Eigentumsübertragung von dem Besitzherrn auf den Besitzdiener vor sich geht. Wenn ich z. B. meinem Diener ein Klei-

1) Ebbecke, in Das Recht 1913, S. 266. Staudinger III, 1, § 856, Anm. IV, 1. RG. in RGZ. Bd. 52, S. 118. Prot. III, S. 36.

2) Biermann, III, § 856, Anm. 5. Planck III, § 856, Anm. 4. RGRK. II, § 855, Anm. 2. Staudinger III, 1, § 856, Anm. IV, 1.

3) Binder, Rechtsstellung I, S. 57, Anm. 76. Ebbecke, in Das Recht 1913, S. 266.

4) Biermann III, § 856, Anm. 5. Planck III, § 856, Anm. 4. Rosenberg III, 1, § 855, Anm. VI, 1.

5) Rosenberg III, 1, § 858, Anm. I, 3b. Neumann, Handausg. I, § 855, Anm. 2c. Planck III, § 858, Anm. 1a. Staudinger III, 1, § 858, Anm. I, 3a. Warneyer II, § 858, Anm. 1. Kretzschmar, Sachenrecht, § 858, Anm. 2. RG. in RGZ. Bd. 71, S. 253. RG. in RGZ. Bd. 106, S. 6. RG. in Seuff. Arch., Bd. 76, S. 192.

dungsstück, das er bei mir getragen hat, zum Geschenk überlasse, ob er dann das Eigentum nach § 929 Satz 1 oder Satz 2 erwirbt. Nach § 855 ist der Besitzdiener nicht Besitzer. Folgerichtig kann der Besitzherr das Eigentum nicht im Wege des § 929, Satz 2 übertragen. Es bedarf vielmehr hierzu nach § 929, Satz 1 der Einigung und Uebergabe. Da der Begriff der Uebergabe nicht rein körperlich aufzufassen ist, vielmehr auch die abgeleitete Besitzübergabe im Sinne des § 854, Abs. 2 als Uebergabe gilt, kann diese erfolgen nach § 854, Abs. 1, wenn der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt hat, nach § 854, Abs. 2, wenn er nur in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben[1]). Gegen diese Ansicht wird geltend gemacht, daß zwar der Besitzdiener keinen Besitz habe, daß man aber trotzdem nicht zweifeln dürfe, hier die traditio brevi manu für anwendbar zu halten. Der zweite Absatz des § 929 müsse ausdehnend ausgelegt werden müssen. Statt „ist der Erwerber im Besitze der Sache" hätte gesagt werden müssen „ist der Erwerber in der tatsächlichen Gewalt über die Sache." Daher genüge die Einigung über den Uebergang des Eigentums[2]). In unserer Stellungnahme zu diesen Ansichten kommen wir zu folgendem Ergebnis. Rein theoretisch und strenggenommen liegt bei einer Uebertragung des Eigentums seitens des Besitzherrn auf den Besitzdiener nicht der Fall des § 929, Satz 2 vor, da der Besitzdiener kein Besitzer ist. Es muß also zur Einigung über den Eigentumsübergang noch die Uebergabe hinzutreten. Diese Uebergabe kann aber, wenn der Besitzdiener in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben, nach § 854, Abs. 2 durch die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers erfolgen. Diese Einigung über den Uebergang des Besitzes wird in den meisten Fällen auch in der Einigung über den Eigentumsübergang enthalten sein, da es einer besonderen Erklärung für jeden Fall nicht bedarf. Insofern ist der Unterschied von keiner praktischen Bedeutung. Auch läßt sich der Eigentumsübergang auf dem Wege des § 929, Satz 2 dadurch rechtfertigen, daß man sagt, die Einigung genüge sowohl für die Besitz- als auch für die Eigentumsübertragung, da in dieser Einigung zugleich auch alle Voraussetzungen der Umwandlung des Besitzdienerverhältnisses in ein Besitzverhältnis liegen[3]).

1) Biermann, III, § 929, Anm. 4a ß. Buhl, Recht der bewegl. Sachen, § 11, S. 57. Goldmann-Lilienthal, BGB. II, § 16, Anm. 10. Planck, III, § 854, Anm. 6. Windscheid-Kipp, Pandektenrecht I, §§ 148—155, I b. Staudinger III, 1, § 929, Anm. 6a. Warneyer, II, § 929, Anm. VI. Wolff, Sachenrecht, § 11, III, 1.

2) Dernburg, BR. III, § 18, S. 69. Eck-Leonhard, B.G.B. II, § 15, S. 113.

3) RGRK. III, § 929, Anm. 6. RG. in LZ. 1920, S. 695, Nr. 1.

Eine weitere Frage, die im Anschluß an diesen Fall zur Erörterung gestellt werden kann, ist die, ob eine Uebergabe[1]) oder ein Besitzkonstitut[2]) vorliegt, wenn der Besitzer eine Sache einem andern in der Weise überläßt, daß er in Bezug auf die Sache zu dessen Besitzdiener wird; so z. B., wenn der Inhaber eines Geschäftes dieses auf einen anderen überträgt und das Geschäft als dessen Angestellter fortführt. M. E. handelt es sich hier um eine Anwendbarkeit des § 854, Abs. 2, mithin um eine wirkliche Uebergabe, da der Erwerber ja unmittelbarer Besitzer wird. Die Uebergabe vollzieht sich zwar hier nur in Worten. Diesen Fall sieht aber § 854, Abs. 2 vor. Die Annahme eines Besitzkonstitutes ist aus dem Grunde nicht haltbar, weil hierzu die Voraussetzungen fehlen, sowohl der unmittelbare Besitz des Konstituenten als auch der mittelbare Besitz des Besitzerwerbenden.

§ 4. Stellung des Besitzdieners zu dritten Personen.

Wenn der Besitzdiener auch dritten Personen gegenüber nicht Besitzer ist, so nimmt er ihnen gegenüber doch eine teilweise freiere Stellung ein. Nach § 860 ist er nämlich befugt, die dem Besitzherrn nach § 859 zustehenden Rechte auszuüben. Er kann mithin gegen einen Dritten, der Sachen des Besitzherrn entziehen will oder entzogen hat, das Recht auf unmittelbare Abwehr der verbotenen Eigenmacht nach § 859, Abs. 1 und ein zeitlich beschränktes Recht auf Wiederbemächtigung des entzogenen Besitzes nach § 859, Abs. 2 und Abs. 3 geltend machen. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden, daß der Besitzdiener insofern zum Besitzer wird[3]). Die Sonderbestimmung des § 860 stellt eine Ausnahme vom Prinzipe des § 855 dar. Sie wurde aus praktischen Erwägungen heraus im Gesetz aufgenommen, da gerade die Besitzdiener häufig in die Lage kommen, Sachen ihres Besitzherrn gegen verbotene Eigenmacht auch ohne direktes Geheiß oder Wissen des letzteren beschirmen zu müssen[4]). Auch stellt sich die von dem Besitzdiener im Rahmen des § 860 geübte Befugnis ihrem Wesen nach nicht als ein Besitzrecht dar[5]), sondern lediglich als Ausübung des dem Besitzherrn zustehenden Selbst-

1) Warneyer, II, § 854, Anm. III, 2. Planck III, § 929, Anm. 2, I. Biermann III, § 930, Anm. 1 e. Staudinger, III, § 929, Anm. 1 d. Rosenberg III, 1, § 854, Anm. 1. Wolff, Sachenrecht, § 67, Anm. 8. RG. in RGZ., Bd. 99, S. 210. Vgl. auch Last in Jher. Jahrb., Bd. 63, S. 102 ff.

2) Dernburg, BR. III, § 18, a. E. Crome, Syst. III, § 379, Anm. 20. Kniep, Besitz, S. 253 ff. Kohler, in Arch. Bürg. R., Bd. 18, S. 81.

3) So Jsay, Geschäftsführung, S. 292.

4) Staudinger, III, 1, § 860, Anm 1.

5) So Jsay, Geschäftsführung, S. 287. Prot. III, S. 41.

hilferechts[1]). Daher kann er es auch nie gegen den Willen des Besitzherrn ausüben. Er darf z. B. keinen Gebrauch davon machen, wenn der Besitzherr ihm die Ausübung des Selbsthilferechts verbietet. Der Besitzdiener hat kein selbständiges Selbsthilferecht[2]). Doch bedarf er im Einzelfalle zur Ausübung der Selbstschutzrechte nicht der Ermächtigung des Besitzers. Nimmt ein Dritter dem Besitzdiener Sachen weg, so ist er ohne weiteres berechtigt, von dem ihm eingeräumten Selbsthilferecht Gebrauch zu machen. Das entspricht durchaus der Tendenz des § 860.

Wie weit dieses Selbstschutzrecht des Besitzdieners reicht, insbesondere, ob es sich nur auf die Sachen erstreckt, die seiner Fürsorge unmittelbar anvertraut sind, darüber herrscht in der Literatur keineswegs Einverständnis. Auf der einen Seite wird behauptet, diese Befugnis des Besitzdieners beschränkte sich ihrem Zwecke entsprechend auf die Sachen, bezüglich deren der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt für den Besitzherrn ausübt[3]). Dem wird von anderer Seite entgegengehalten, man dürfe die Bestimmung des § 860 nicht dahin eingeschränkt verstehen, daß der Besitzdiener nur dann eingreifen dürfe, wenn gerade die Sache zu seinem Ressort gehöre, sondern man müsse annehmen, daß es genügt, wenn der Eingreifende überhaupt zu dem Gesinde oder dem Geschäftspersonal des Besitzers gehöre; denn, soweit nötig, auf die Sachen des Herrn auch außerhalb ihres engeren Dienstkreises zu achten, liege wohl stets in den Verpflichtungen des Personals. Deshalb werde man nicht bezweifeln können, daß die Köchin denjenigen, der ein Buch vom Schreibtisch des Herrn entwendet, nach § 859, Abs. 2 verfolgen dürfe[4]). Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Der Besitzdiener kann die ihm übertragenen Selbsthilferechte mit Bezug auf alle Sachen ausüben, die zu seinem Herrschaftsbereich gehören. Wie weit dieser reicht, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Doch sind die Grenzen nicht zu eng zu stecken. Es ist durchaus zulässig, daß der Besitzdiener in einem Haushalt auch Sachen schützt, an denen ein anderer Besitzdiener oder der Besitzherr selbst die tatsächliche Gewalt ausübt, und daß er sogar gegen den zuständigen Besitzdiener vorgehen kann, wenn dieser sich etwas zuschulden kommen läßt. Wenn z. B. in einem Geschäft der Kassierer mit der Kasse verschwinden will, so darf ihn ein anderer Angestellter, der Buchhalter daran hindern und

---

1) Planck, III, § 860, Anm. Staudinger III, 1, § 860, Anm. 2.
2) Biermann, III, § 860, Anm. Planck, III, § 860, Anm. Neumann Handausg., § 860, Anm. 2. Strohal, in Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 51. Turnau-Förster § 860, Anm. Rosenberg, III, 1, § 860, Anm. II.
3) Planck, III, § 860, Anm. Maenner, Recht d. Grundst., § 17, Anm. 19.
4) So Windscheid-Kipp, Pandektenrecht I, §§ 148—155, 2 a ß αα.

ihm das Geld wieder abnehmen[1]). Mit dieser weiten Ausdehnung der Befugnisse des Besitzdieners wird man durchaus dem Sinne der §§ 855, 860 gerecht.

Neben der Berechtigung aus § 860 ist dem Besitzdiener auch das allgemeine Notwehrrecht aus § 227 zuzubilligen, mit dessen Hilfe er zur Verteidigung bestehenden Besitzes eingreifen kann. Ein Angriff auf den unmittelbaren Besitz stellt sich im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 858 in der Regel als rechtswidrig heraus. Nach der Vorschrift des § 227, dessen Wortlaut „von sich oder einem anderen" dies klar zu erkennen gibt, ist jedem Dritten, also auch dem Besitzdiener, das Recht eingeräumt, diesen Angriff abzuwehren[2]). Ist aber der Besitz einmal verloren gegangen, dann kann er selbständig nicht auf Grund des allgemeinen im § 229 gegebenen Selbsthilferechts gegen den anderen vorgehen, da dieses Recht einen Anspruch voraussetzt, ein solcher aber dem Besitzdiener nicht zusteht[3]). Nur auf dem Umwege über den Besitzherrn kann er sich diese Vorschrift zunutze machen, insofern nämlich, als der Besitzherr zur Ausübung der Selbsthilfe aus § 229 sich seiner als Werkzeug bedienen kann. Hier geht aber die Selbsthilfehandlung immer vom Besitzherrn aus[4]).

Wenn der Besitzdiener in Bezug auf die eben dargelegten Rechte dritten Personen gegenüber etwas besser dasteht, so fehlt ihm auch hier das Recht der gerichtlichen Geltendmachung. Ein Gegner dieser Ansicht[5]) sucht seine Behauptung durch die Annahme zu rechtfertigen, daß die Fälle des § 855 im § 868 enthalten sind und daher überall, wo das Gesetz vom Besitzer spricht, auch der Besitzdiener mit gemeint ist. Da in dieser Auffassung eine Verkennung des § 855 liegt, ist sie auch bezüglich des Gerichtsschutzes nicht haltbar. Außerdem entspricht sie auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Er bestimmt im § 860 ausdrücklich, daß „die dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte" von dem Besitzdiener ausgeübt werden dürfen. Hieraus folgt, daß die an-

---

1) Vgl. Biermann III, § 860, Anm. J. Gierke, Sachenrecht, § 2 IV. Rosenberg III, 1, § 860, Anm. III. Staudinger III, 1, § 860, Anm. 4. Wolff, Sachenrecht, § 6, IV.

2) Biermann, III, § 860, Anm. Cosmann, Besitzdiener, S. 37. Neumann, Handausg. I, § 860, Anm. 1. Planck, III, § 860, Anm. Rosenberg, III, 1, § 860, Anm. 1.

3) Eck-Leonhard, BGB. II, § 5, S. 33. Goldmann-Lilienthal, BGB. II, § 5, Anm. 6. Neumann, Handausgabe, I, § 860, Anm. 1. Rosenberg, III, 1, § 860, Anm. 1. A. A. Biermann. III, § 860, Anm. Endemann, BR. II, 1, § 33, Anm. 26.

4) Planck, III, § 860, Anm.

5) Jsay, Geschäftsführung, S. 288, 292.

dern Rechte, also auch die Klagen aus §§ 861, 862, dem Besitzer allein vorenthalten sind. Es liegt auch gar kein Bedürfnis dafür vor, den Besitzdiener als selbständig klageberechtigt anzusehen. Es genügt, daß er als mit Vollmacht ausgestatteter Vertreter den Anspruch seines Herrn geltend machen kann. In dringenden Fällen steht ihm sogar der Weg über § 892 ZPO. offen, wonach er als Geschäftsführer ohne Auftrag die Besitzklage anstellen kann. Handelt er im Interesse seines Herrn, dann wird es ihm nicht schwer fallen, bis zum Erlaß des Endurteils die Genehmigung zu der Prozessführung seitens seines Herrn beizubringen. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der Besitzdiener für Besitzklagen nicht aktiv legitimiert ist. Daß es ihm auch an der Passivlegitimation fehlt, brauchte nicht hervorgehoben zu werden, wenn nicht Stimmen gegen diese Ansicht laut wären mit der Begründung, das Wort „Besitzen" sei im Sinne der Passivlegitimation ausdehnend auszulegen und auch auf den Besitzdiener zu beziehen [1]). Dem ist entgegenzuhalten, daß die Klage auf Wiedereinräumung des Besitzes gegen denjenigen geht, der fehlerhaft „besitzt". Diese Voraussetzung ist nach den bisherigen Ausführungen im Verhältnis des Besitzherrn zum Besitzdiener nur beim ersteren vorhanden, denn nur dieser ist Besitzer. Daher gehen die Ansprüche aus den §§ 861, 985, 1007 im Falle eines Besitzdienerverhältnisses nur gegen den Besitzherrn, nicht gegen den Besitzdiener. Dieser ist weder aktiv noch passiv für diese Klagen legitimiert [2]). Auch begründet die Besitzdienerschaft keinen Besitzbereicherungsanspruch aus § 812. Denn sie ist weder ein Recht noch ein Rechtsgut, dessen Genuß allein den Besitzdiener bereichert erscheinen lassen könnte [3]).

Der Besitzdiener ist kein Tierhalter im Sinne des § 833. Denn nach der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts [4]) ist hierzu erforderlich, daß jemand in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zweck, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer. Diese Voraussetzungen treffen aber für den Besitzdiener

---

1) Gaertner, Gerichtl. Schutz, S. 179.

2) O. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 52. Jhering, Besitzwille, S. 368. Baron, in Jher. Jahrb., Bd. 30, S. 220. Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 45. Wendt, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 87, S. 42. Biermann, III, § 861, Anm. 2. Crome, Syst. III, § 352, Anm. 11. Neumann, Handausgabe I, § 861, Anm. 1b. Planck, III, § 861, Anm. 2d; 985, 1b ß. Sokolowski, Bd. 2, S. 243. Rosenberg, III. 1, § 861, I, 2b. Staudinger, III, 1, §§ 861, 862, Anm. III, 1aα.

3) v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 160.

4) RG. in RGZ., Bd. 52, S. 118.

nicht zu; sie sind nur in der Person des Besitzers vorhanden[1]). Schadensersatz kann von dem Besitzdiener nur auf Grund von § 834 verlangt werden. Dieser Unterschied ist insofern von Bedeutung, als § 834 den Nachweis des mangelnden Verschuldens als Befreiungsgrund von der Schadensersatzpflicht zulässt.

Da der Besitzdiener kein Besitzer ist, kann er auf Dritte auch keinen Besitz übertragen. Praktisch wird diese Feststellung bei dem Eigentumserwerb von einem Besitzdiener. Will dieser Sachen, an denen er Besitzdienerschaft ausübt, auf einen Dritten zu Eigentum übertragen, so muß er sich zunächst selbst erst den Besitz verschaffen, z. B. durch eigenmächtige Ergreifung. Durch Einräumung dieses Besitzes an den Erwerber ist der Uebergabe genügt. Dieser wird aber nur Eigentümer, wenn der Besitzdiener selbst Eigentum an der zu übertragenden Sache hat. Dann greift die Vorschrift des § 929 durch. Ist der Besitzdiener aber nicht Eigentümer, so gelangen die Vorschriften über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten zur Anwendung. Ein Eigentumserwerb ist hier in der Regel nicht möglich, da die Voraussetzungen des § 935 in den meisten Fällen gegeben sein werden. Der Besitzdiener hat dem Besitzherrn den Besitz ohne seinen Willen entzogen, infolgedessen ist die zu übergebende Sache eine abhandengekommene. An diesen Sachen findet auch ein Erwerb auf Grund guten Glaubens nicht statt, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Nur in diesem Falle ist der Dritte geschützt. Gibt ein Besitzdiener Geld seines Herrn als sein eigenes aus, dann erlangt an diesem ein gutgläubiger Dritter das Eigentum. Ob der Besitzdiener sich dadurch des Diebstahls oder der Unterschlagung schuldig macht, wird im nächsten Abschnitt zu untersuchen sein.

C. Schluß.

Besitzdiener und Gewahrsamhaber.

Bei der Aufstellung von Namen für die im § 855 enthaltene Personenklasse wurde von einer Seite[2]) auch der Ausdruck „Gewahrsam“ vorgeschlagen. Mit Recht hat er aber wenig Beachtung gefunden. Im BGB. ist von Gewahrsam nirgends die Rede. Nur auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, namentlich im Straf-,

1) Vgl. RG. in RGZ., Bd. 52, S. 118, RG. in Gruch. Beitr., Bd. 47, S. 404.

2) Dernburg, BR, III, § 14.

Konkursrecht und in der ZPO. begegnen wir dieser Bezeichnung. Es ist nicht zu verkennen, daß der Begriff „Gewahrsam" in mancher Beziehung starke Aehnlichkeit mit dem zivilrechtlichen „Besitz" aufzuweisen hat. Dieses verwandtschaftliche Moment darf nun aber nicht dahin ausgewertet werden, daß man dem Gewahrsam jede besondere Bedeutung abspricht und die Besitzlehre des BGB. auch für das Strafrecht von entscheidendem Einfluß sein läßt[1]). Die Folge hiervon ist, daß alle für das Besitzrecht herausgearbeiteten Bestimmungen ohne weiteres Geltung haben für die auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegenden Vorschriften. Es ergibt sich somit für die Stellung des Besitzdieners, daß er nie „Gewahrsam" im Sinne des § 246 StrGB. für sich in Anspruch nehmen kann, solange er in seiner Stellung als Besitzdiener tätig wird; denn in diesem Falle mangelt ihm ja auch der Besitz. Da für die Anwendung der Deliktsarten Diebstahl oder Unterschlagung entscheidend ist, wer an den entwendeten Sachen den Gewahrsam hatte, so kann ein Besitzdiener nach der bisher ausgeführten Meinung bei Veruntreuung von Sachen nur wegen Diebstahls bestraft werden[2]).

Gegen diese Meinung hat sich mit Recht das Reichsgericht und die Mehrzahl der Schriftsteller ausgesprochen. Es ist nicht angängig, den Gewahrsam des StGB. ohne weiteres mit dem Besitze des BGB. zu identifizieren. Eine derartige stillschweigende Einwirkung des BGB. auf das Strafrecht entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Das lassen schon die Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches deutlich erkennen[3]). Vielmehr sind die beiden einzelnen Begriffe sowohl im Strafrecht, als auch im BGB. selbständig zu deuten[4]). Daher ist auch nicht richtig, daß ein Besitzdiener, wenn er sich an einer Sache vergreift, an der er für den Besitzherrn die tatsächliche Gewalt ausübt, nie wegen Unterschlagung bestraft werden könne[5]). Entscheidend dafür, ob Diebstahl oder Unterschlagung vorliegt, ist die Beantwortung der Frage, ob

1) So Eck-Leonhard, BGB. II, § 1, S. 10, Anm. 1. Leonhard, Vertretung, S. 82. Finger, in Krit. V. J. Schr. Bd. 44, S. 579, 82.

2) Bekker, in Jher. Jahrb., Bd. 34, S. 63. Endemann, BR., II, 1, § 33, Anm. 18. Eck-Leonhard, BGB. II, § 1, S. 10, Anm. 1. Finger in Krit. V. J. Schr., Bd. 44, S. 583. Neumann, Handausgabe, I, § 855, Anm. 2c. OLG. Posen, in Seuff. Arch, Bd. 57, Nr. 35.

3) Vgl. RG. in RGSt., Bd. 37, S. 200.

4) Allfeld, Strafrecht, § 96, Anm. 30. Biermann, III, § 854, Vorbem. 4a. Endemann, BR. II, 1, § 35, Anm. 38. Frank, StGB. § 242, Anm. IV. Planck, III, § 855, Anm. 5. Olshausen, StGB. II, § 242, Anm. 15. Schmidt, in DJZ. 1900, S. 149. Schroeder, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 97, S. 374. Rosenberg, III, 1, Bem. 8 vor § 854. Staudinger, Bemerkung VIII vor § 854. Wolff, Sachenrecht, § 6, V.

5) Biermann, III, § 854, Vorbem. 4a. RG. in RGSt, Bd. 52, S. 145.

ein Bruch fremden Gewahrsams stattgefunden hat. Der Gewahrsam ist ein tatsächliches Verhältnis, das Verhältnis der tatsächlichen Herrschaft über die Sache [1]). Wenn auch der Besitzdiener keinen Besitz hat, so kann er doch in gewissen Fällen Gewahrsamhaber sein, weil dieser Begriff mehr die unmittelbare Möglichkeit körperlicher Ergreifung betont [2]). Im einzelnen wird hier auch die quaestio facti eine große Rolle spielen. Im großen und ganzen kann man aber annehmen, daß dem Delikt des Diebstahls bei der Besitzdienerschaft eine größere Bedeutung zukommt als dem der Unterschlagung. In den meisten Fällen wird der Besitzherr, wenn er auch nicht den Alleingewahrsam für sich in Anspruch nehmen kann, doch den Gewahrsam an den Sachen mit dem Besitzdiener teilen. Da für den Tatbestand des § 242 StGB. der Bruch des Mitgewahrsams genügt, wird der Besitzdiener regelmäßig Diebstahl begehen [3]). Unterschlagung wird nur dann in Betracht kommen, wenn wegen einer räumlichen Entfernung eine unmittelbare Herrschaft des Besitzers nicht mehr stattfinden kann. Dies trifft z.B. zu beim sogenannten Heimarbeiter, der an dem ihm von dem Geschäftsherrn ausgehändigten Arbeitsstoff Gewahrsam hat [4]).

Aehnlich verhält es sich mit den Vorschriften in der ZPO. Auch hier ist Gewahrsam ein von dem Besitz des BGB. verschiedener Begriff. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Besitzdiener Gewahrsam im Sinne der §§ 808, 809 hat. Einen Anwendungsfall bietet uns der Geschäftsreisende bezüglich der Muster und Koffer. Hier ist dem Herrn die Möglichkeit der unmittelbaren tatsächlichen Einwirkung auf die Sachen völlig entzogen. Infolgedessen hat er diese auch nicht mehr in seinem Gewahrsam [5]). Vom Reichsgericht wurde ein Schiffer als Inhaber des Gewahrsams (§ 809 ZPO.) an dem auf dem Schiffe verladenen Gut angesehen, obwohl er Besitzdiener der Rederei war [6]).

In der Konkursordnung spielt der Besitzdiener insofern eine Rolle, als er das im § 44 enthaltene Verfolgungsrecht dadurch ausschließen kann, daß er für seinen Herrn (Gemeinschuldner) den Gewahrsam an der abgesendeten Ware erlangt [7]).

---

1) RG. in RGSt., Bd. 30, S. 88. RG. in RGSt., Bd. 37, S. 198. RG. in RGSt., Bd. 50, S. 183.

2) RG. in RGZ., Bd. 106, S. 6.

3) Frank, StGB. § 242, Anm. IV, 2. Schroeder, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 97, S. 374.

4) Planck, III, § 855, Anm. 5. Schroeder, in Arch. Ziv. Prax., Bd. 97, S. 374.

5) Vgl. Rosenberg, Zivilprozeß, § 197, I, 1 a.

6) RG. in Seuff. Arch., Bd. 81, S. 115.

7) Jaeger, KO. I, § 44, Anm. 17.